



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1998 Vol. 2

1^{er} cahier, 1998 Vol. 2

Cited as [1998] 2 S.C.R. 3-216

Renvoi [1998] 2 R.C.S. 3-216

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, 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

Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd. 129

Patents — Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence terms grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third party a sublicence or having legal effect of creating a sublicense.

Agency — Supply agreement — Licensed party to obtain patented bulk medicine for unlicensed party — Whether licensed party acting as agent of unlicensed party in carrying out contractual obligations.

Patents — Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA.

Jurisdiction — Declaratory relief — Whether declaration should issue as to patent holder's failure to show notice of

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, 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

Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd. 129

Brevets — Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

Mandat — Accord d'approvisionnement — Partie titulaire d'une licence devant obtenir un médicament breveté en vrac auprès d'une partie non titulaire d'une licence — La partie titulaire d'une licence agit-elle à titre de mandataire de la partie non titulaire en remplissant des obligations contractuelles?

Brevets — Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

allegation unjustified or that it was entitled to terminate compulsory licence — Whether appropriate to declare that supply agreement not constituting sublicense or transfer of compulsory licence.

Patents — Medicine — Reformulation of patented product — Bulk medicine reformulated into final-dosage form — Whether reformulation of patented product amounting to infringement of patent.

Gauthier v. Beaumont..... 3

Prescription — Suspension — Absolute impossibility in fact to act — Psychological impossibility — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action prescribed — Whether absolutely impossible in fact for victim to act because he feared for his life — Civil Code of Lower Canada, art. 2232 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

Civil liability — Delictual liability — Municipality — Police officers — Prescription — Interference with personal inviolability and dignity — Compensatory damages — Exemplary damages — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action prescribed — If not, whether police officers and town liable for damage caused to victim — Whether police officers and town should be ordered to pay compensatory and exemplary damages — Quantum of damages — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1054 para. 7 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 4, 49 para. 2.

Damages — Interest and additional indemnity — Action for damages brought six years after date of cause of action — Absolutely impossible in fact for plaintiff to act during this period owing to fault of defendants — Whether interest and additional indemnity may run from date of cause of action rather than from date action instituted — Whether Supreme Court Act provision relating to interest applicable — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 50.

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)..... 193

Patents — Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA — Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39.11, 39.14 — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1), (3), 6, 7.

Patents — Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence conditions grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third

SOMMAIRE (Suite)

Compétence — Jugement déclaratoire — Un jugement déclaratoire devrait-il être rendu au sujet de l'omission du titulaire du brevet de démontrer que l'ADA n'était pas fondé ou qu'il avait le droit d'annuler la licence obligatoire? — Convient-il de déclarer que l'accord d'approvisionnement ne constitue ni une sous-licence ni une cession de licence obligatoire?

Brevets — Médicament — Préparation sous une autre forme d'un produit breveté — Médicament en vrac préparé sous forme posologique définitive — La préparation sous une autre forme du produit breveté constitue-t-elle une violation de brevet?

Gauthier c. Beaumont..... 3

Prescription — Suspension — Impossibilité absolue en fait d'agir — Impossibilité de nature psychologique — Victime soupçonnée de vol battue, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — La victime était-elle dans l'impossibilité absolue en fait d'agir en raison de la crainte pour sa vie? — Code civil du Bas Canada, art. 2232 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.

Responsabilité civile — Responsabilité délictuelle — Municipalité — Policiers — Prescription — Atteintes à l'intégrité et à la dignité de la personne — Dommages compensatoires — Dommages exemplaires — Victime soupçonnée de vol battue, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — Dans la négative, les policiers et la ville sont-ils responsables des dommages causés à la victime? — Y a-t-il lieu d'ordonner aux policiers et à la ville de verser des dommages compensatoires et exemplaires? — Quantum des dommages — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1054 al. 7 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 4, 49 al. 2.

Dommages-intérêts — Intérêt et indemnité additionnelle — Action en dommages-intérêts intentée six ans après la date de la cause de l'action — Demandeur dans l'impossibilité absolue en fait d'agir pendant cette période par la faute des défendeurs — L'intérêt et l'indemnité additionnelle peuvent-elles courir à compter de la date de la cause de l'action au lieu de la date de l'institution de la demande en justice? — La disposition relative aux intérêts dans la Loi sur la Cour suprême est-elle applicable? — Code civil du Bas Canada, art. 1056c — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 50.

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)..... 193

Brevets — Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA — Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39.11, 39.14 — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1), (3), 6, 7.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

party a sublicense or having legal effect of creating a sublicense.

R. v. Ménard 109

Criminal law — Charge to jury — Evidence of post-offence conduct — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

Criminal law — Charge to jury — Format — Splitting of jury charge over course of trial — Distribution of transcripts of charge to jury — Whether format of jury charge or distribution of transcripts gave rise to reversible error.

R. v. White..... 72

Criminal law — Evidence — Post-offence conduct — Charge to jury — Accused charged with first degree murder — Accused fleeing jurisdiction, running from police and attempting to dispose of murder weapon after victim was killed — Whether trial judge should have instructed jury that post-offence conduct had no probative value — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

SOMMAIRE (Fin)

Brevets — Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

R. c. Ménard 109

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve relative au comportement postérieur à l'infraction — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction?

Droit criminel — Exposé au jury — Présentation — Répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès — Remise des transcriptions de l'exposé au jury — La présentation de l'exposé au jury ou la distribution des transcriptions ont-elles donné lieu à une erreur justifiant annulation?

R. c. White..... 72

Droit criminel — Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Exposé au jury — Accusés inculpés de meurtre au premier degré — Fuite des accusés hors de la circonscription pour échapper aux policiers et tentative de se débarrasser de l'arme du meurtre après le décès de la victime — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante? — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement des accusés après l'infraction?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1998

2^e volume, 1998

David Allen Gauthier *Appellant*

v.

**Municipal Corporation of the Town of
Brome Lake** *Respondent*

and

**Mario Beaumont and Alyre
Thireault** *Respondents*

INDEXED AS: GAUTHIER v. BEAUMONT

File No.: 25022.

1997: December 3; 1998: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Prescription — Suspension — Absolute impossibility in fact to act — Psychological impossibility — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action prescribed — Whether absolutely impossible in fact for victim to act because he feared for his life — Civil Code of Lower Canada, art. 2232 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

Civil liability — Delictual liability — Municipality — Police officers — Prescription — Interference with personal inviolability and dignity — Compensatory damages — Exemplary damages — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action prescribed — If not, whether police officers and town liable for damage caused to victim — Whether police officers and town should be ordered to pay compensatory and exemplary damages — Quantum of damages — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1054 para. 7 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 4, 49 para. 2.

David Allen Gauthier *Appelant*

c.

**Corporation municipale de ville de Lac
Brôme** *Intimée*

et

Mario Beaumont et Alyre Thireault *Intimés*

RÉPERTORIÉ: GAUTHIER c. BEAUMONT

N° du greffe: 25022.

1997: 3 décembre; 1998: 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Prescription — Suspension — Impossibilité absolue en fait d'agir — Impossibilité de nature psychologique — Victime soupçonnée de vol battue, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — La victime était-elle dans l'impossibilité absolue en fait d'agir en raison de la crainte pour sa vie? — Code civil du Bas Canada, art. 2232 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.

Responsabilité civile — Responsabilité délictuelle — Municipalité — Policiers — Prescription — Atteintes à l'intégrité et à la dignité de la personne — Dommages compensatoires — Dommages exemplaires — Victime soupçonnée de vol battue, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — Dans la négative, les policiers et la ville sont-ils responsables des dommages causés à la victime? — Y a-t-il lieu d'ordonner aux policiers et à la ville de verser des dommages compensatoires et exemplaires? — Quantum des dommages — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1054 al. 7 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 4, 49 al. 2.

Damages — Interest and additional indemnity — Action for damages brought six years after date of cause of action — Absolutely impossible in fact for plaintiff to act during this period owing to fault of defendants — Whether interest and additional indemnity may run from date of cause of action rather than from date action instituted — Whether Supreme Court Act provision relating to interest applicable — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 50.

During the night of March 1 to 2, 1982, the appellant, who was suspected of theft, was beaten, tortured and threatened with death by the respondents B and T, who were respectively a police officer and chief of police of the respondent town. After he had left the police station, the appellant, fearing for his life, did not give the real cause of his injuries when he went to the hospital, where he stayed for a few days. He then left Quebec for Western Canada. In 1985, a representative of the Quebec Police Commission contacted him. Afraid of a trap, the appellant consulted the RCMP, who confirmed that the caller was a member of the Police Commission. The appellant then testified before the Commission under police protection. He also testified at the preliminary inquiry of B and T in 1986, and then at their trial in February 1988, where they were convicted of aggravated assault and sentenced to prison. On each occasion, he was represented by counsel. On May 3, 1988, the appellant brought an action for damages against the respondents in which he alleged that B and T had committed a fault within the meaning of art. 1053 C.C.L.C. and had interfered with his rights guaranteed by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The appellant submitted that the town was also liable because its officials knew or ought to have known about the conduct of B and T. The Superior Court dismissed the action on the basis that it was prescribed in light of the six-month extinctive prescription provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act*. The judge considered the opinions of the two psychiatric experts heard at trial, one called by the plaintiff and the other by the defence, who were of the view that the appellant had gone through several stages of post-traumatic neurosis as a result of which he was psychologically incapable of taking legal action against B and T until March 1988. The judge nevertheless made a distinction between an ability that includes the courage to initiate proceedings, and absolute impossibility, and determined that the appellant had simply lacked courage. The judge was not satisfied that it was indeed absolutely impossible for the

Dommages-intérêts — Intérêt et indemnité additionnelle — Action en dommages-intérêts intentée six ans après la date de la cause de l'action — Demandeur dans l'impossibilité absolue en fait d'agir pendant cette période par la faute des défendeurs — L'intérêt et l'indemnité additionnelle peuvent-elles courir à compter de la date de la cause de l'action au lieu de la date de l'institution de la demande en justice? — La disposition relative aux intérêts dans la Loi sur la Cour suprême est-elle applicable? — Code civil du Bas Canada, art. 1056c — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 50.

Dans la nuit du 1^{er} au 2 mars 1982, l'appelant, soupçonné de vol, est battu, torturé et menacé de mort par les intimés B et T, respectivement policier et directeur de police de la ville intimée. Après son départ du poste de police, l'appelant, craignant pour sa vie, ne déclare pas la véritable cause de ses blessures lors d'une visite à l'hôpital où il reste quelques jours. Il quitte ensuite le Québec pour l'Ouest canadien. En 1985, un représentant de la Commission de police du Québec communique avec lui. Craignant un traquenard, l'appelant consulte la GRC qui confirme que la personne qui appelle est un membre de la Commission de police. Subséquemment, il témoigne sous protection policière devant la Commission. Il témoigne également en 1986 à l'enquête préliminaire de B et T, puis à leur procès, en février 1988, où ils sont déclarés coupables de voies de fait graves et condamnés à une peine d'emprisonnement. À chaque occasion il est représenté par un avocat. Le 3 mai 1988, l'appelant intente une action en dommages-intérêts contre les intimés dans laquelle il allègue que B et T ont commis une faute au sens de l'art. 1053 C.c.B.C. et qu'ils ont porté atteinte à ses droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'appelant soumet que la ville est également responsable parce que ses dirigeants connaissaient ou auraient dû connaître la conduite de B et T. La Cour supérieure rejette l'action pour le motif qu'elle est prescrite en regard de la prescription extinctive de six mois prévue à l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*. Le juge examine les opinions des deux psychiatres entendus au procès, tant en demande qu'en défense, selon lesquelles l'appelant a passé par plusieurs stades de névrose post-traumatique qui l'ont rendu psychologiquement incapable d'engager des procédures judiciaires contre B et T jusqu'au mois de mars 1988. Le juge fait toutefois une distinction entre la capacité qui comprend le courage d'initier des procédures et l'impossibilité absolue, et estime que l'appelant a simplement manqué de courage. Le juge n'est pas convaincu que l'appelant était véritablement dans un état d'impossibilité absolue d'agir

appellant to act throughout the six years following the assault, as he found it hard to believe that it was totally impossible for him to act after testifying before the Police Commission. The Court of Appeal affirmed this judgment.

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

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: A psychological state of fear may suspend prescription where the fear is caused by the defendant's fault. It must be determined in each particular case whether the fear deprived the victim of his or her free will and thus of the will to bring an action. A purely subjective fear cannot constitute a cause of impossibility to act within the meaning of art. 2232 C.C.L.C. To be a cause of absolute impossibility in fact to act, the fear must be of an objectively serious harm, must exist throughout the period when it is impossible to act and must subjectively be determinative of this impossibility to act, that is, subjectively such that it is psychologically, if not physically, impossible for the victim to take legal action. This conjunction of factors guarantees the integrity of the prescription system without resulting in flagrant injustices.

In this case, the trial judge erred in law in drawing a distinction between the appellant's lack of courage to initiate legal proceedings and absolute impossibility in fact to act. There is no such distinction here. A fear caused by an assailant's violence or torture can take away the victim's ability to act and make it absolutely impossible in fact for the victim to act against the assailant. There is uncontradicted evidence that B and T tortured the appellant atrociously and threatened to kill him, that the appellant feared for his life and for the lives of his family, and that he was in a state of extreme fear for the six years that followed this brutal assault. There is no question that his fear was present throughout the six years and that it was a fear of serious harm. The psychiatric experts assessed the appellant, and both of them recognized that he had suffered a post-traumatic neurosis that had prevented him from taking legal action against the respondents during the six years following the night of torture in March 1982. They assessed the appellant's personal situation and reached a concrete conclusion that his fear was real and determinative of his impossibility to act. The only conclusion that can accordingly be drawn, on a preponderance of evidence, is that the appellant was gripped by fear such that it was impossible for him to act, and that this was the case until March 1988. Although the appellant testified before the Police Commission in 1985 and at the prelim-

durant toute la période de six ans suivant l'agression, considérant qu'il est difficile de croire à une impossibilité totale après que l'appelant eut témoigné devant la Commission de police. La Cour d'appel confirme ce jugement.

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

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache: Un état psychologique de crainte peut suspendre la prescription lorsque cette crainte est causée par la faute du défendeur. Dans chaque cas particulier, il faut se demander si la crainte a privé la victime de libre arbitre et ainsi de la volonté d'agir en justice. Une crainte purement subjective ne peut constituer une cause d'impossibilité d'agir au sens de l'art. 2232 C.c.B.C. Pour être une cause d'impossibilité absolue en fait d'agir, la crainte doit porter sur un mal objectivement sérieux, exister durant toute la période d'impossibilité d'agir et être subjectivement déterminante quant à cette impossibilité d'agir, c'est-à-dire subjectivement telle qu'il soit psychologiquement, sinon physiquement, impossible pour la victime d'intenter un recours en justice. Cet ensemble de facteurs assure l'intégrité du régime de prescription, sans donner lieu à des injustices flagrantes.

En l'espèce, le juge de première instance a erré en droit en faisant une distinction entre le manque de courage de l'appelant à initier des procédures judiciaires et l'impossibilité absolue en fait d'agir. Dans la présente affaire, une telle distinction n'existe pas. Une crainte, causée par la violence ou la torture subie aux mains de son agresseur, peut priver la victime de la capacité d'agir et la placer dans une impossibilité absolue en fait d'agir contre ce dernier. La preuve non contredite indique que B et T ont atrocement torturé l'appelant et lui ont proféré des menaces de mort, que l'appelant craignait pour sa vie et celle de ses proches, et que ce dernier a été dans un état de peur extrême durant les six années qui ont suivi sa sauvage agression. Nul doute que sa crainte était présente pendant les six années et qu'elle portait sur des préjudices sérieux. Les psychiatres experts ont évalué l'appelant et ont tous deux reconnu que celui-ci avait souffert d'une névrose post-traumatique qui l'avait empêché d'intenter toute action en justice contre les intimés au cours des six années suivant la nuit de torture de mars 1982. Ils ont apprécié la situation personnelle de l'appelant et ont conclu *in concreto* au caractère réel et déterminant de sa crainte vis-à-vis son impossibilité d'agir. On ne peut donc conclure, selon la prépondérance de la preuve, que l'appelant était sous l'emprise d'une crainte qui a causé une impossibilité d'agir, et ce, jusqu'au mois de mars 1988. Bien que

inary inquiry in 1986, he was compelled to do so by way of subpoena and was under police protection. It was only once B and T had been convicted and sent to prison in March 1988 that he was sufficiently free of his fear to be able to act. The effect of the acute and subacute post-traumatic stress disorder, which was characterized by extreme fear, was to strip the appellant of any control over his own will as regards B and T, who deliberately, and through their own fault, placed the appellant in this profound state of fear. In requiring an insurmountable impossibility, the trial judge appears to have applied an objective reasonable person legal standard. Furthermore, whether the appellant knew or may have known about the prescription period for his action is immaterial here, since he was in a state of fear and of profound post-traumatic stress that made it impossible for him to take legal action against B and T for six years. Finally, to blame the appellant for a lack of diligence in obtaining treatment amounts implicitly to judging diligence based on the reasonable person standard, and disregarding the psychological reality of the victim, who suffered severe post-traumatic stress. The fact that a victim avoids talking about his or her trauma is in fact a consequence of the trauma. Since it was absolutely impossible in fact for the appellant to act within the meaning of art. 2232 C.C.L.C., the six-month extinctive prescription provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act* did not run from March 2, 1982, the date on which the appellant's right of action arose, to March 1988. As the court action was brought within six months of the end of the suspension of prescription, the action was not prescribed.

The civil fault of B and T is based on a breach of the general duty of good conduct to which everyone is subject and on unlawful interference with the appellant's rights to personal inviolability and to the safeguard of his dignity guaranteed in ss. 1 and 4 of the *Quebec Charter*. At the time of the delict, the respondent town was the employer of B and T. In light of art. 1054 para. 7 C.C.L.C., an employer is liable for damage caused by its servants that involves unlawful interference with rights protected by the *Quebec Charter*, since such interference constitutes a civil fault. The fact that the town did not knowingly endorse the brutal acts committed by its employees does not relieve it from liability. It must therefore be held liable for the compensatory damages owed to the appellant as a result of the acts of B and T. The appellant is entitled to \$50,000 in pecuniary damages and \$200,000 in moral damages.

l'appelant ait témoigné devant la Commission de police en 1985 et à l'enquête préliminaire en 1986, il a été contraint de le faire par subpoena et sous protection policière. Ce n'est que lorsque B et T ont été déclarés coupables et emprisonnés en mars 1988 que l'appelant a été suffisamment libéré de sa crainte et capable d'agir. L'état de stress post-traumatique aigu et subaigu, caractérisé par une crainte extrême, a eu pour effet de priver l'appelant de tout contrôle sur sa propre volonté à l'égard de B et T qui ont, délibérément et par leur faute, placé l'appelant dans ce profond état de frayeur. En exigeant une impossibilité invincible, le juge de première instance semble avoir appliqué une norme juridique objective de la personne raisonnable. Par ailleurs, le fait que l'appelant connaisse ou puisse connaître le délai de prescription de son recours n'est pas pertinent en l'instance puisqu'il était dans un état de crainte et de stress post-traumatique profond qui l'a complètement empêché d'agir en justice contre B et T pendant six ans. Finalement, reprocher à l'appelant un manque de diligence à se faire traiter revient implicitement à juger la diligence en fonction de la personne raisonnable et à écarter la réalité psychologique de la victime qui a souffert de stress post-traumatique sévère. Le fait que la victime évite de parler de son traumatisme est justement une conséquence de ce traumatisme. Puisque l'appelant a été dans l'impossibilité absolue en fait d'agir, au sens de l'art. 2232 C.C.B.C., la prescription extinctive de six mois de l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes* n'a pas couru du 2 mars 1982, date à laquelle le droit d'action de l'appelant a pris naissance, au mois de mars 1988. Comme l'action en justice a été instituée dans les six mois suivant la fin de la suspension de la prescription, le recours n'était donc pas prescrit.

La faute civile de B et T relève d'un manquement au devoir général de bonne conduite qui incombe à tous et d'une atteinte illicite aux droits de l'appelant à l'intégrité de sa personne et à la sauvegarde de sa dignité garantis aux art. 1 et 4 de la *Charte québécoise*. Au moment du délit, la ville intimée était l'employeur de B et T. Vu l'art. 1054 al. 7 C.C.B.C., l'employeur est responsable des dommages causés par ses préposés qui comportent des atteintes illicites aux droits prévus à la *Charte québécoise*, puisque ces atteintes constituent des fautes civiles. Le fait que la ville n'ait pas sciemment endossé les actes sauvages commis par ses employés ne la dégage pas de sa responsabilité. Celle-ci doit donc être tenue responsable des dommages compensatoires causés à l'appelant par B et T. L'appelant a droit à 50 000 \$ à titre de dommages pécuniaires et à 200 000 \$ à titre de dommages moraux.

The appellant is also entitled to \$50,000 in exemplary damages. B and T are the persons guilty of unlawful and intentional interference, within the meaning of s. 49 para. 2 of the Quebec *Charter*, with the appellant's rights to inviolability and dignity. It is clear from the evidence that they wished to cause the consequences of their wrongful conduct. As for the respondent town, proof of an employer-employee relationship under art. 1054 para. 7 *C.C.L.C.* is not sufficient to establish unlawful and intentional interference by the employer. It must be shown on a preponderance of evidence that the employer had an intent with respect to the consequences of the unlawful breach of rights guaranteed by the Quebec *Charter*. There is sufficient evidence in this case to conclude that the town can be presumed to have intended to interfere with the appellant's inviolability and dignity, or that this intention can be attributed to it. There had been several cases of unreasonable use of force in the respondent town's police force involving B and T, among others, before March 1982, and it would be strange if the town had never got wind of the conduct of its police officers and police chief before the Police Commission's inquiry. In the present case, the evidence established that the police force itself, including the police chief, played an active role in the violence against the appellant. T, as the chief of police, was one of the town's directing minds, and his intent to cause the consequences of the unlawful breach is to be attributed to the town. The town is therefore one of the persons guilty, within the meaning of s. 49 para. 2, of the unlawful and intentional interference with the appellant's rights to personal inviolability and dignity, and is ordered to pay exemplary damages jointly and severally.

Under art. 1056c *C.C.L.C.*, interest and the additional indemnity run from the date when the action was instituted. Although it was absolutely impossible in fact for the appellant to act until March 1988 and he could not therefore require that the obligation be performed before then, there is no rule in the *Civil Code of Lower Canada* permitting interest to be imposed as of the date of the cause of action. As for s. 50 of the *Supreme Court Act*, it cannot be applied against a clear rule of the *Civil Code of Lower Canada* that provides for moratory damages related to the debt itself. Finally, the appellant's request for extrajudicial costs is dismissed.

Per Lamer C.J. and McLachlin J. (dissenting): A post-traumatic neurosis that prevents the victim of a violent act from bringing legal proceedings may cause an impossibility that suspends prescription. However, the facts of this case did not give rise to such an inability to

L'appelant a également droit à 50 000 \$ à titre de dommages exemplaires. B et T sont les auteurs d'atteintes illicites et intentionnelles, au sens de l'art. 49 al. 2 de la *Charte* québécoise, aux droits à l'intégrité et à la dignité de l'appelant. La preuve démontre clairement un désir de causer les conséquences de leur conduite fautive. Quant à la ville intimée, la seule preuve d'un lien de préposition, au sens de l'art. 1054 al. 7 *C.c.B.C.*, ne suffit pas pour établir une atteinte illicite et intentionnelle de la part de l'employeur. Il faut démontrer, par prépondérance de la preuve, l'existence d'une volonté du commettant à l'égard des conséquences de l'atteinte illicite à des droits garantis par la *Charte* québécoise. En l'espèce, il y a une preuve suffisante pour conclure à une volonté présumée ou imputable à la ville de porter atteinte à l'intégrité et à la dignité de l'appelant. Plusieurs cas d'emploi abusif de la force au sein du service de police de la ville intimée, impliquant notamment B et T, ont eu lieu avant mars 1982 et il serait étrange que la ville n'ait jamais eu vent du comportement de ses policiers et de son directeur de police avant l'enquête de la Commission de police. Dans la présente affaire, la preuve établit que le service de police lui-même, y compris le directeur de police, a eu une part active dans les violences qu'a subies l'appelant. T, en tant que directeur de police, est un des dirigeants de la ville et sa volonté de causer les conséquences des atteintes illicites est imputable à la ville. Celle-ci est donc l'un des auteurs, au sens de l'art. 49 al. 2, des atteintes illicites et intentionnelles aux droits à l'intégrité de la personne et à la dignité de l'appelant et elle est condamnée solidairement aux dommages exemplaires.

Conformément à l'art. 1056c *C.c.B.C.*, l'intérêt et l'indemnité additionnelle courent à compter de la date d'institution de la demande en justice. Bien que l'appelant ait été dans l'impossibilité absolue en fait d'agir jusqu'en mars 1988, et ne pouvait donc exiger plus tôt l'exécution de cette obligation, il n'y a aucune règle au *Code civil du Bas Canada* qui permette l'imposition des intérêts à compter de la date de la cause d'action. Quant à l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême*, on ne peut y avoir recours à l'encontre d'une règle claire du *Code civil du Bas Canada* qui prévoit des dommages moratoires rattachés à la créance même. Enfin, la demande pour des dépens extrajudiciaires présentée par l'appelant est rejetée.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin (dissidents): Une névrose post-traumatique qui empêche la victime d'un acte violent d'intenter un recours judiciaire peut causer une impossibilité qui suspend la prescription. Cependant, les faits de la présente affaire ne

act. Notwithstanding the trial judge's inappropriate use of the expression "lack of courage" with respect to the appellant, he did not commit any errors in his analysis of absolute impossibility in fact to act. His conclusion is supported by complex and detailed evidence. It is not open to this Court to review his findings of fact as to the extent of the appellant's disability between 1982 and 1988.

The trial judge did not err in rejecting the experts' unanimous opinion that the appellant was psychologically unable to act until March 1988, since the psychiatric assessments were not entirely consistent. Be that as it may, the determination of "impossibility to act" is a matter for the trier of fact, not for the experts, and it can be seen from the trial judge's reasons as a whole that he considered this notion in a subjective manner, in light of all the evidence. In a subjective analysis of impossibility, a trier of fact must ensure that the psychological impossibility was just as unforeseeable and irresistible for the victim as superior force, in light of the victim's personal characteristics and the lack of precision inherent in psychological evidence. The impossibility must be reasonable, which means in this case that the fear must relate to an objectively serious injury.

Here, the trial judge genuinely asked himself whether it was psychologically impossible for the appellant to bring his action until 1988, and he did not err in his assessment of the appellant's psychological condition after March 1982. The appellant's post-traumatic neurosis gradually abated over the months and years following the night of torture in March 1982. He was totally incapable of bringing an action against B and T during the acute phase of his neurosis and, although the trial judge refrained from expressing a clear opinion on this subject, it might even be argued that it was impossible for him to act during the subacute phase of his trauma. However, it seems that the chronic phase of the neurosis was insufficient to suspend prescription. The trial judge properly discharged his duty to characterize, in legal terms, the appellant's psychological state during each phase of his post-traumatic stress. He did so in light of all the evidence, not only the expert evidence. It therefore cannot be maintained that the trial judge was wrong to disregard the unanimous opinion of the experts that it was impossible for the appellant to act until March 1988. The expert assessments are silent or unconvincing on the question of the time — which is critical here — when the subacute symptoms of the neurosis dissipated. The trial judge's assessment of the probative value of the various pieces of evidence was not unreasonable,

donnent pas lieu à une telle incapacité d'agir. Malgré l'expression inopportune du juge de première instance à propos du «manque de courage» de l'appellant, le premier juge n'a pas commis d'erreur dans son analyse de l'impossibilité absolue en fait d'agir. Sa conclusion est étayée par une preuve complexe et détaillée. Il n'appartient pas à notre Cour de réviser ses conclusions de fait quant à l'étendue de l'incapacité qui frappait l'appellant entre 1982 et 1988.

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en rejetant l'opinion unanime des experts à propos de l'incapacité psychologique de l'appellant jusqu'en mars 1988, puisque les expertises psychiatriques n'étaient pas entièrement compatibles. Quoi qu'il en soit, la détermination de «l'impossibilité d'agir» appartient au juge des faits et non aux experts et une vue d'ensemble des motifs du premier juge indique qu'il a considéré cette notion de façon subjective, à la lumière de la preuve. Dans une analyse subjective de l'impossibilité, un juge des faits doit s'assurer que l'impossibilité psychologique a été tout aussi imprévisible et irrésistible que la force majeure pour la personne qui en est victime, eu égard à ses caractéristiques personnelles et aux imprécisions inhérentes à la preuve en matière psychologique. L'impossibilité doit être raisonnable, c'est-à-dire en l'espèce que la crainte concerne un mal objectivement sérieux.

Dans la présente affaire, le juge de première instance s'est véritablement demandé si l'appellant était dans l'impossibilité psychologique d'intenter son recours jusqu'en 1988 et il ne s'est pas trompé dans son appréciation de l'état psychologique de l'appellant après le mois de mars 1982. La névrose post-traumatique de l'appellant s'est progressivement résorbée au cours des mois et années qui ont suivi la nuit de torture de mars 1982. Il a été complètement incapable d'intenter un recours contre B et T durant la phase aiguë de sa névrose et, bien que le premier juge se garde d'émettre une opinion claire à ce sujet, on peut même avancer qu'il a été dans l'impossibilité d'agir durant la phase subaiguë de son traumatisme. Par contre, il semble que la phase chronique de la névrose n'ait pas été suffisante pour suspendre les délais. Le premier juge s'est bien acquitté de son devoir de qualifier en termes juridiques l'état psychologique de l'appellant durant chacune des phases de son stress post-traumatique. Ce faisant, il a pris en considération l'ensemble de la preuve et non seulement la preuve des experts. On ne peut donc prétendre que le premier juge a eu tort d'écarter l'opinion unanime des experts que l'appellant a été dans l'impossibilité d'agir jusqu'en mars 1988. Sur la question du moment à partir duquel les symptômes subaigus de la névrose se sont dissipés — un moment critique en l'espèce —, les expertises sont

and this Court should not interfere with the decision of the trier of fact.

Even if the trial judge had committed an error in law in his analysis of absolute impossibility in fact to act, it can be seen from the evidence that the appellant was capable of bringing his action for damages long before March 1988. Since the originating documents were served on May 3, 1988, the appellant had to show that it was impossible for him to act until early November 1987. It is impossible to draw such a conclusion. First, the expert assessments do not specify when the appellant gained sufficient control over his post-traumatic phobia to take legal action. Second, several excerpts from the appellant's testimony suggest that it would have been possible for him to assert his rights before the end of 1987. In light of the evidence as a whole, the appellant did not face a psychological impediment in the fall of 1987 that no amount of diligence would have allowed him to overcome. The view of the judges below that it was no longer psychologically impossible for the appellant to bring an action after he testified before the Police Commission in 1985 is shared.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Semmelaack v. Ferguson* (1941), 48 R.L. 163; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *Procureur général du Québec v. Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord*, [1979] C.S. 216, rev'd on other grounds J.E. 83-1142; *Beaubien v. Laframboise* (1925), 40 B.R. 194; Cass., 2^e Ch. civ., 10 February 1966, D.1967.315; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Augustus v. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641, aff'd [1995] R.J.Q. 335; *Lacrouz v. Couture*, [1991] R.R.A. 493.

By Lamer C.J. (dissenting)

Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec, [1981] 2 S.C.R. 113.

soit silencieuses, soit peu convaincantes. Son appréciation de la valeur probante des divers éléments de preuve n'était pas déraisonnable et notre Cour ne devrait pas intervenir à l'encontre de la décision du juge des faits.

Même si le juge de première instance avait commis une erreur en droit dans son analyse de l'impossibilité absolue en fait d'agir, un examen de la preuve démontre que l'appellant était capable d'intenter son action en dommages-intérêts bien avant mars 1988. Puisque les procédures introductives d'instance ont été signifiées le 3 mai 1988, l'appellant devait démontrer qu'il était dans l'impossibilité d'agir jusqu'au début novembre 1987. Or on ne peut en arriver à une telle conclusion. D'une part, les expertises ne précisent pas quand l'appellant a suffisamment pu maîtriser sa phobie post-traumatique pour intenter un recours judiciaire. D'autre part, divers extraits des témoignages de l'appellant laissent supposer qu'il lui était possible de faire valoir ses droits avant la fin 1987. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, l'appellant ne se trouvait pas, à l'automne 1987, devant un obstacle psychologique qu'aucune diligence ne pouvait permettre de surmonter. L'opinion de la Cour d'appel et de la Cour supérieure, selon laquelle l'appellant n'était plus dans l'impossibilité psychologique d'intenter un recours après avoir témoigné devant la Commission de police en 1985, est partagée.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Semmelaack c. Ferguson* (1941), 48 R.L. 163; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Procureur général du Québec c. Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord*, [1979] C.S. 216, inf. pour d'autres motifs par J.E. 83-1142; *Beaubien c. Laframboise* (1925), 40 B.R. 194; Cass., 2^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Augustus c. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641, conf. par [1995] R.J.Q. 335; *Lacrouz c. Couture*, [1991] R.R.A. 493.

Le juge en chef Lamer (dissident)

Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec, [1981] 2 R.C.S. 113.

Statutes and Regulations Cited

- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 1 [repl. 1982, c. 61, s. 1], 4, 49.
- Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, ss. 71 [am. 1983, c. 57, s. 46], 72 [*idem*, s. 47; am. 1985, c. 27, s. 16; am. 1986, c. 31, s. 3; am. 1988, c. 21, s. 66], 586.
- Civil Code* (France), arts. 2251, 2252, 2253, 2258.
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 995, 1053, 1054 para. 7, 1056c [am. 1987, c. 98, s. 1], 2232 [am. 1989, c. 54, s. 125], 2258 para. 2.
- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930.
- Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 1(*l*).
- Police Act*, R.S.Q., c. P-13, ss. 2.1 [am. 1986, c. 86, s. 41; am. 1988, c. 46, s. 24; am. 1996, c. 73, s. 1], 64 [repl. 1991, c. 32, s. 252; am. 1996, c. 73, s. 7], 67, 68 [am. 1983, c. 57, s. 168], 79 [am. 1988, c. 21, s. 66; *idem*, c. 75, s. 233], 98.1 [am. 1988, c. 21, s. 66; am. 1990, c. 27, s. 32].
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 47, 50.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel, et Albert Tissier. *Traité théorique et pratique de droit civil — De la prescription*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1905.
- Buy, Michel. «Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription», *J.C.P.* 77, I, 2833.
- Carbonnier, J. «La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*» (1937), 57 *Rev. crit. lég. et jur.* 155.
- Cass., 2^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315, note Prévault.
- Dallaire, Claude. *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1995.
- Delwaide, Karl. «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1988, 95.
- Durnford, John W. «Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription» (1963), 13 *Thémis* 245.

Lois et règlements cités

- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 [repl. 1982, ch. 61, art. 1], 4, 49.
- Code civil* (France), art. 2251, 2252, 2253, 2258.
- Code civil du Bas Canada*, art. 995, 1053, 1054 al. 7, 1056c [mod. 1987, c. 98, art. 1], 2232 [mod. 1989, ch. 54, art. 125], 2258 al. 2.
- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930.
- Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 1(*l*).
- Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, art. 2.1 [mod. 1986, ch. 86, art. 41; mod. 1988, ch. 46, art. 24; mod. 1996, ch. 73, art. 1], 64 [repl. 1991, ch. 32, art. 252; mod. 1996, ch. 73, art. 7], 67, 68 [mod. 1983, ch. 57, art. 168], 79 [mod. 1988, ch. 21, art. 66; *idem*, ch. 75, art. 233], 98.1 [mod. 1988, ch. 21, art. 66; mod. 1990, ch. 27, art. 32].
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47, 50.
- Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, art. 71 [mod. 1983, ch. 57, art. 46], 72 [*idem*, art. 47; mod. 1985, ch. 27, art. 16; mod. 1986, ch. 31, art. 3; mod. 1988, ch. 21, art. 66], 586.

Doctrines citées

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel, et Albert Tissier. *Traité théorique et pratique de droit civil — De la prescription*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1905.
- Buy, Michel. «Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription», *J.C.P.* 77, I, 2833.
- Carbonnier, J. «La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*» (1937), 57 *Rev. crit. lég. et jur.* 155.
- Cass., 2^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315, note Prévault.
- Dallaire, Claude. *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1995.
- Delwaide, Karl. «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1988, 95.
- Durnford, John W. «Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription» (1963), 13 *Thémis* 245.

- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
- Juris-classeur civil*, art. 2251 à 2259, fasc. H, par Jean-Jacques Taisne, n° 89.
- Langelier, F., sir. *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1911.
- Langevin, Louise. «Suspension de la prescription extinctive: à l'impossible nul n'est tenu» (1996), 56 *R. du B.* 265.
- Larouche, Angers. «Chronique de droit des obligations» (1973), 4 *R.G.D.* 201.
- Le Roux de Bretagne, A. *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, t. 1. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.
- Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: PUM, 1977.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 8^e éd., par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1991.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 9. Montréal: Wilson & Lafleur, 1916.
- Nouveau Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1996, «courage».
- 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.
- Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1988.
- Quebec. *Civil Code of Lower Canada: Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters. First, Second and Third Reports*. Québec: Desbarats, 1865.
- Roland, Henri, et Laurent Boyer. *Adages du droit français*, 3^e éd. Paris: Litec, 1992.
- Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Obligations*, vol. 3, *Régime général*, 5^e éd. Paris: Litec, 1995.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Terré, François, Philippe Simler et Yves Lequette. *Droit civil — Les obligations*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1996.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 15, par Witold Rodys. Montréal: Wilson & Lafleur, 1958.
- Troplong, M. *De la prescription*, t. 2, 4^e éd. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne d'Édouard Duchemin, 1857.
- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
- Juris-classeur civil*, art. 2251 à 2259, fasc. H, par Jean-Jacques Taisne, n° 89.
- Langelier, F., sir. *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1911.
- Langevin, Louise. «Suspension de la prescription extinctive: à l'impossible nul n'est tenu» (1996), 56 *R. du B.* 265.
- Larouche, Angers. «Chronique de droit des obligations» (1973), 4 *R.G.D.* 201.
- Le Roux de Bretagne, A. *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, t. 1. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.
- Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: PUM, 1977.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 8^e éd., par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1991.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 9. Montréal: Wilson & Lafleur, 1916.
- Nouveau Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1996, «courage».
- 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.
- Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1988.
- Québec. *Code civil du Bas Canada: Rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles. Premier, Deuxième et Troisième Rapports*. Québec: Desbarats, 1865.
- Roland, Henri, et Laurent Boyer. *Adages du droit français*, 3^e éd. Paris: Litec, 1992.
- Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Obligations*, vol. 3, *Régime général*, 5^e éd. Paris: Litec, 1995.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Terré, François, Philippe Simler et Yves Lequette. *Droit civil — Les obligations*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1996.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 15, par Witold Rodys. Montréal: Wilson & Lafleur, 1958.
- Troplong, M. *De la prescription*, t. 2, 4^e éd. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne d'Édouard Duchemin, 1857.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.D.J. 126, [1995] A.Q. n° 762

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.D.J. 126, [1995] A.Q. n° 762

(QL), affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 90-871. Appeal allowed, Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting.

Martin Gauthier, for the appellant.

Thomas A. Lavin and Isabelle Reinhardt, for the respondent the Town of Brome Lake.

No one appeared for the respondents Beaumont and Thireault.

English version of the reasons of Lamer C.J. and McLachlin J. delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — At the outset, I share Justice Gonthier's view that a post-traumatic neurosis that prevents the victim of a violent act from bringing legal proceedings may cause an impossibility that suspends prescription. Like the experts who testified in this matter, I am of the view that such an impossibility may in fact be just as "absolute" as one caused by superior force. Furthermore, as I stated in *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113, at p. 126, where a person is prevented from taking legal action through the fault of a debtor who, for example, conceals the facts giving rise to the person's right, this causes an impossibility in fact and prevents prescription from running. The law must serve the ends of justice.

² While I agree with Gonthier J. that a psychological impossibility exists in theory, I do not believe that the facts of this case gave rise to such an inability to act. In my view, the trial judge did not commit any errors of law in analysing this question. It is therefore not open to this Court to review his findings of fact as to the extent of the disability of the appellant David Allen Gauthier between 1982 and 1988.

³ I recognize without hesitation that the appellant was treated brutally during the night of March 1, 1982. Rarely in my career as a judge have such odious events come to my attention. The respondent police officers were convicted of serious

(QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 90-871. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents.

Martin Gauthier, pour l'appellant.

Thomas A. Lavin et Isabelle Reinhardt, pour l'intimée la ville de Lac Brôme.

Personne n'a comparu pour les intimés Beaumont et Thireault.

Les motifs du juge en chef Lamer et du juge McLachlin rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — D'emblée, je partage l'opinion du juge Gonthier selon laquelle la névrose post-traumatique qui empêche la victime d'un acte violent d'intenter un recours judiciaire peut causer une impossibilité qui suspend la prescription. À cet égard, et à l'instar des experts qui ont témoigné dans ce dossier, je suis d'avis qu'une telle impossibilité peut être, dans les faits, tout aussi « absolue » que celle causée par une force majeure. De plus, comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, à la p. 126, la faute d'un débiteur qui empêche une personne d'agir en justice, par exemple en dissimulant les faits générateurs de son droit, cause une impossibilité en fait et entrave le cours de la prescription. La loi doit en effet être au service du bon droit.

Si je suis d'accord avec le juge Gonthier quant à l'existence théorique d'une impossibilité de nature psychologique, je ne crois pas que les faits de cette affaire aient donné lieu à une telle incapacité d'agir. Selon moi, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse de cette question. Il n'appartient donc pas à notre Cour de réviser ses conclusions de fait quant à l'étendue de l'incapacité qui frappait l'appelant David Allen Gauthier entre 1982 et 1988.

Je reconnais sans hésitation que l'appelant a été traité de façon sauvage dans la nuit du 1^{er} mars 1982. Rarement dans ma carrière de juge ai-je pris connaissance d'événements aussi odieux. Les intimés policiers ont été trouvés coupables

criminal offences, and their convictions were clearly well deserved. Since I am well aware of the horror experienced by the appellant, it is without any enthusiasm that I conclude that his action is prescribed.

My reasons explain in detail why I am of the view that Boily J. did not err in his assessment of the appellant's psychological condition after March 1982. I then discuss certain aspects of the evidence that in my view confirm that the trial judge made the proper findings of fact in the present case.

I. The Test for Assessing Psychological Impossibility

In the Superior Court the plaintiff appellant had to show on a balance of probabilities that it was psychologically ("absolutely" says the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.")) impossible for him to bring an action against the respondents at least until six months before he actually did so in May 1988. Boily J. was of the view that Mr. Gauthier had failed to discharge this burden. The following is an excerpt from the trial judgment that illustrates the analytical method adopted by Boily J. and concludes that the action is prescribed:

[TRANSLATION] This is therefore a case in which the expert's role is combined in a way with that of the judge. Ultimately, however, it is the judge who must determine whether it was absolutely impossible for Gauthier to act.

A distinction must be made between an ability that includes the courage to initiate proceedings, and absolute impossibility. Both experts are of the view that Gauthier lacked this courage and was unable to initiate proceedings, and that it was highly or likely or "practically impossible" for him to act.

Both experts are categorical regarding the first six months after the incident. They are much less so concerning the subsequent period. Dr. Vacaflor stated the following:

"C) Unable for the 6 years following the night of March the first to gather the necessary psychological

d'infractions criminelles sérieuses et ces condamnations sont certes bien méritées. Bien conscient de l'horreur vécue par l'appelant, c'est sans aucun enthousiasme que j'en viens à la conclusion que son action est prescrite.

Mes motifs expliquent en détail pourquoi je suis d'avis que le juge Boily ne s'est pas trompé dans son appréciation de l'état psychologique de l'appelant après le mois de mars 1982. Par la suite, je m'attarde à certains aspects de la preuve qui confirment selon moi que le juge de première instance a tiré les conclusions de fait qui s'imposaient dans cette affaire.

I. Le critère d'appréciation de l'impossibilité psychologique

En Cour supérieure, le demandeur appelant devait démontrer sur une balance des probabilités qu'il était dans l'impossibilité psychologique («absolue», nous dit le *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.»)) d'intenter une action contre les intimés au moins jusqu'à six mois avant qu'il ne le fasse effectivement en mai 1988. Or, le juge Boily a été d'avis que M. Gauthier ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Je reproduis ici l'extrait du jugement de première instance qui illustre la méthode d'analyse retenue par le juge Boily et conclut sur l'effet de la prescription:

Il s'agit donc d'un cas où le rôle d'expert se conjugue en quelque sorte avec celui du juge. En dernier ressort cependant, c'est le rôle de ce dernier de déterminer si Gauthier était dans un cas d'impossibilité absolue.

Il faut faire une distinction entre la capacité qui comprend le courage d'initier des procédures et l'impossibilité absolue. Les deux experts sont d'avis que Gauthier ne possédait pas ce courage, ne pouvait initier les procédures, et qu'il lui était fortement ou vraisemblablement ou [TRADUCTION] «pratiquement impossible» pour lui d'agir.

Les deux experts sont catégoriques en ce qui concerne les premiers six mois de l'événement. Ils sont beaucoup plus nuancés en ce qui concerne la période qui a suivi. Le docteur Vacaflor décrit ainsi:

[TRADUCTION] «C) Incapable pendant les six années qui ont suivi la nuit du 1^{er} mars de trouver la force

4

5

strength to initiate legal charges against the policemen and the local police.”

Dr. Béliveau stated the following:

“He subsequently continued to show the symptomatology of a state of subacute post-traumatic stress, and in particular of phobias that in all probability prevented him from taking any action against the persons who assaulted him in March 1982 until March 1988.”

... The burden of proving absolute impossibility lies with the person relying on it.

In the present case, the plaintiff has not satisfied the court that it was indeed absolutely impossible for him to act throughout this lengthy period. While it probably was for a certain period, it is hard to believe that it was totally impossible for him to act thereafter, especially at the time of the Police Commission’s inquiry [in 1985], when he was under police protection and pleaded guilty to a charge against him.

Furthermore, as Dr. Béliveau mentioned, the chronic period could have been avoided had the plaintiff consulted a specialist. For prescription to be suspended, the impossibility must be equivalent to superior force, that is, a case that human vigilance and ingenuity can neither anticipate nor prevent. Gauthier could have received treatment. He had retained a lawyer. He knew about prescription — a period of two years had been mentioned to him — and wanted to seek compensation in criminal court. This was not a case in which no amount of diligence would have allowed him to suspend it. The impossibility must be beyond challenge, which it cannot be in the present case.

If boldness is the basis for the judgment, it is open to condemnation for the same reason. The court must not let itself be carried away by fairness and place itself above the law by creating an imaginary suspension, proportionate to the seriousness of the assault on the plaintiff.

In its delictual aspect the action is accordingly prescribed. [Emphasis added.]

(Sup. Ct. Bedford, No. 455-05-000059-886, February 21, 1990, J.E. 90-871, at pp. 16-19 of the full text.)

6 The judge is alleged to have committed an error of law in distinguishing the appellant’s lack of courage from an absolute impossibility to act. With

psychologique nécessaire pour tenter des poursuites judiciaires contre les policiers et la police locale.»

Le docteur Béliveau s’exprime ainsi:

«Il a continué à présenter par la suite une symptomatologie d’état de stress post-traumatique sub-aigu et en particulier des phobies qui l’ont fort vraisemblablement empêché de prendre quelque action à l’endroit des personnes qui l’avaient agressé en mars 1982, et ce jusqu’en mars 1988.»

[...] Le fardeau de démontrer l’impossibilité absolue repose sur celui qui l’invoque.

Dans cette affaire, le demandeur n’a pas convaincu le tribunal qu’il était véritablement durant toute cette longue période dans un état d’impossibilité absolue. En effet, il est vraisemblable qu’il l’ait été pour une certaine période, mais par la suite, surtout lors de l’enquête de la Commission de police [en 1985], alors qu’il était sous la protection de la police et qu’il a plaidé coupable à une accusation portée contre lui, il est difficile de croire à une impossibilité totale.

Au surplus, comme le mentionne le docteur Béliveau, si le demandeur avait consulté, la période chronique aurait pu être évitée. Il faut pour que la prescription soit suspendue que l’impossibilité équivaille à une force majeure, c’est-à-dire un cas dont la vigilance et l’industrie humaine ne peut ni prévoir, ni empêcher. Gauthier pouvait avoir des soins. Il a eu les services d’un avocat. Il était au courant d’une prescription — on lui avait parlé d’une de deux ans —, il voulait demander réparation au criminel. Il ne s’agit pas d’un cas où aucune diligence ne pouvait lui permettre de la suspendre. L’impossibilité doit être invincible, ce qui ne peut être le cas dans la présente affaire.

Si la hardiesse devient la base du jugement, elle devient condamnable pour le même motif. Le tribunal ne doit pas se laisser entraîner par l’équité et se mettre au-dessus de la loi en créant une suspension imaginaire, proportionnelle à la gravité de l’agression subie par le demandeur.

En conséquence, sous l’aspect délictuel, l’action est prescrite. [Je souligne.]

(C.S. Bedford, n° 455-05-000059-886, 21 février 1990, J.E. 90-871, aux pp. 16 à 19 du texte intégral.)

On reproche au juge d’avoir commis une erreur en droit en discernant le manque de courage de l’appelant de l’impossibilité absolue d’agir. Avec

respect for the contrary opinion, I am of the view that this is not the case.

A possible error by the trial judge must be assessed in light of his reasons as a whole, not simply by reading two sentences distinguishing impossibility from lack of courage. In my view, the following procedure should be followed in this regard. If Boily J.'s purpose in distinguishing "an ability that includes the courage to initiate proceedings" from absolute impossibility was to state a rule of law of general application, he erred in law. His analysis would be in error, since it would disregard the psychological and subjective nature of the impossibility at issue. It might then be possible to reject all forms of psychological impossibility out of hand as being a lack of courage ("*courage*"), that is, a lack of [TRANSLATION] "moral strength" or "[f]irmness in the face of danger or suffering . . ." (*Nouveau Petit Robert* (1996), at p. 492). If, however, rather than setting out an objective standard, Boily J. tried to determine the appellant's psychological state in the case at bar and assessed the credibility of his testimony to the effect that he lived in terror, my view would be that Boily J.'s overall assessment of the evidence should not be altered.

The use of the words "lack of courage" was clearly unfortunate. With respect, this expression trivializes the appellant's tragedy, the main events of which are not even disputed by the respondents. However, Boily J.'s expression does not in my view constitute an error of law. First of all, the expression "lack of courage" is similar to the terms used in the report of Dr. Vacaflor, the respondents' expert, regarding the subacute phase of the appellant's neurosis:

In regard to his alleged impossibility of denouncing the event of the first of March of '82 to the proper authorities it must be said at the very onset that we can only entertain hypothesis [*sic*] of various degrees of credibility. My personal opinion is that he was truly so very frightened and understandably mistrustful of any police action that it effectively kept him from denouncing the event. Although he had managed to put to some degree his life together, his fear of retaliation (that still

égard pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'il n'en est rien.

Il convient de cerner l'erreur possible du juge de première instance à la lumière de l'ensemble de ses motifs, et non à la seule lecture de deux phrases distinguant l'impossibilité du manque de courage. À cet égard, je crois qu'il faut procéder de la façon suivante. Si le juge Boily a discerné «la capacité qui comprend le courage d'initier des procédures» de l'impossibilité absolue dans le but d'énoncer une règle de droit d'application générale, il s'est trompé en droit. Son analyse serait erronée puisqu'elle ignorerait la nature psychologique et subjective de l'impossibilité en cause. En effet, à la rigueur, toute forme d'impossibilité psychologique pourrait être sommairement écartée comme étant un manque de courage, c'est-à-dire un manque de «force morale» ou de «[f]ermeté devant le danger, la souffrance . . .» (*Nouveau Petit Robert* (1996), à la p. 492). Par contre, si plutôt que d'énoncer une norme objective, le juge Boily a tenté de déterminer l'état psychologique de l'appelant en l'espèce et a évalué la crédibilité de son témoignage à l'effet qu'il vivait dans la terreur, je serais d'avis de ne pas modifier les conclusions du juge Boily dans son appréciation globale de la preuve.

L'emploi des termes «manque de courage» est certes malheureux. Avec respect, cette expression banalise quelque peu la tragédie vécue par l'appelant, drame dont les événements majeurs ne sont d'ailleurs même pas contestés par les intimés. Néanmoins, je suis d'avis que l'expression du juge Boily ne cristallise pas une erreur en droit. D'entrée de jeu, je note que l'expression «manque de courage» rappelle les termes utilisés dans le rapport du docteur Vacaflor, expert des intimés, à propos de la phase subaiguë de la névrose vécue de l'appelant:

[TRANSLATION] En ce qui concerne son allégation qu'il lui était impossible de dénoncer aux autorités compétentes les événements survenus le 1^{er} mars 1982, il faut d'entrée de jeu souligner que nous ne pouvons que faire des hypothèses dont le degré de vraisemblance varie. Personnellement, je suis d'avis qu'il était réellement à ce point effrayé et, on peut comprendre, méfiant à l'idée de toute action policière que cela l'a effectivement empêché de dénoncer les événements. Même s'il avait

persists) made it, given his psychological frame of mind, practically impossible to take the necessary legal action against his torturers.

In brief . . .

C) Unable for the 6 years following the night of March the first to gather the necessary psychological strength to initiate legal charges against the policemen and the local police. [Case on Appeal, at pp. 54-55 (emphasis added).]

9 Can it nonetheless be argued that Boily J. misinterpreted Dr. Vacaflor's diagnosis? At the hearing, this expert explained the words "practically impossible" as follows: "it would be understood like under most circumstances as a severe impediment" (Case on Appeal, at p. 343 (emphasis added)). Dr. Vacaflor continued his testimony by describing two categories of examples of what is "practically impossible". The impediments of the first group, such as phobias, have an "imaginary" source: "Let's take phobia of a closed room. Now, a phobic individual in this situation would do whatever he can not to be in this room. That's a severe impediment." (Case on Appeal, at p. 344.) The expert then gave an example of a "real" cause of something that is "practically impossible": "Let's suppose I run into a confrontation with a professional boxer and I'm invited to climb into the ring to decide my fate mostly, I would be intensely frightened and I would probably do my best not to climb into the ring because I would see the options of success negligible" (Case on Appeal, at p. 344 (emphasis added)). At the judge's request, Dr. Vacaflor returned to his example of a fear whose cause is "real" ("climb into a ring and fight . . . [Mike] Tyson") and stated:

Yes, yes, I mean to say that fear can have a paralyzing effect. Be that real like Tyson or imaginary like the closed room. The effect may be just about the same. So, we could not call that an absolute impossibility. I guess I could climb into the ring and get smashed or I could remain in the room and faint. I think that's a practical

réussi, dans une certaine mesure, à remettre sa vie en ordre, sa crainte de subir des représailles (qui persiste toujours) a fait en sorte que, compte tenu de son état psychologique, il lui était pratiquement impossible d'intenter l'action en justice requise contre ses tortionnaires.

En résumé . . .

C) Incapable pendant les six années qui ont suivi la nuit du 1^{er} mars de trouver la force psychologique nécessaire pour intenter des poursuites judiciaires contre les policiers et la police locale. [Dossier, aux pp. 54 et 55 (je souligne).]

Peut-on néanmoins prétendre que le juge Boily a mal interprété le diagnostic du docteur Vacaflor? À l'audition, cet expert a expliqué les termes «pratiquement impossible» ainsi: [TRADUCTION] «cela signifierait, dans la majorité des cas, un obstacle sérieux» (dossier, à la p. 343 (je souligne)). Le docteur Vacaflor a poursuivi son témoignage en décrivant deux catégories d'exemples de ce qui est «pratiquement impossible». Les obstacles du premier groupe, par exemple les phobies, ont une source «imaginaire»: [TRADUCTION] «Prenons la phobie des lieux clos. Bien, une personne atteinte de phobie qui se trouve dans cette situation ferait l'impossible pour ne pas être dans une pièce close. Voilà un obstacle sérieux.» (Dossier, à la p. 344.) L'expert a ensuite cité l'exemple d'une cause «réelle» ou «réaliste» de ce qui serait «pratiquement impossible»: [TRADUCTION] «Supposons que j'aie un différend avec un boxeur professionnel et que je sois invité à monter dans l'arène pour décider de mon sort, j'aurais une peur intense et ferais probablement tout en mon pouvoir pour ne pas monter dans l'arène parce que je considérerais mes chances de succès négligeables» (dossier, à la p. 344 (je souligne)). À la demande du juge, le docteur Vacaflor a repris son exemple d'une peur dont la cause est «réelle» («monter dans le ring pour affronter [. . . Mike] Tyson») et a affirmé:

[TRADUCTION] Oui, oui, je veux dire que la crainte peut avoir un effet paralysant. Que ce soit réel comme Tyson ou imaginaire comme une pièce close. L'effet peut être à peu près le même. Par conséquent, nous ne pourrions donc pas qualifier cela d'impossibilité absolue. J'imagine que je pourrais monter dans l'arène et me faire réduire en bouillie ou demeurer dans la pièce et m'évanouir. J'estime qu'il s'agit d'une impossibilité pratique

impossibility meaning strong, intense. [Case on Appeal, at p. 345 (emphasis added).]

Finally, counsel for the respondents asked Dr. Vacaflor to gauge the intensity of the impediment that prevented Gauthier from taking action against his assailants. He answered as follows:

The two examples I gave you are examples of situations of great acuteness, where the intensity of the fear may in fact force him to faint. Well, he never fainted as such, so in that sense of fear, shall we say it was less and it was certainly chronic. I think that his example in my view would fall in between the realistic fear and an element of augmentation because of his own personality and difficulties. But, I think it was intense enough. I don't think this man was in a position to take action. I don't think it crossed his mind, I think he was in a position of escaping, hiding and not talking about it. So, to compare in tests, it would [be] adventurous, I really, but I think that would be my description. [Case on Appeal, at pp. 349-50 (emphasis added).]

I have reproduced the comments of the respondents' expert in detail in order to show that the content of his testimony is difficult to assess. His professional opinion as to the extent of the appellant's disability was vague. Nor did Dr. Vacaflor give a satisfactory explanation for his expression "[u]nable . . . to gather the necessary psychological strength to initiate legal charges". He focused on the source of the impossibility (in this case half "real" and half "imaginary", he said: Case on Appeal, at p. 346), but not really on whether the mental impediment was determinative, on its consequences or on the evolution of the symptoms of trauma over time. When the psychiatrist Dr. Vacaflor considered these questions, he stated that Gauthier faced two difficulties: a fairly pessimistic perception of his chances of success against the police in any legal proceedings and a phobia that was not intense enough to cause him to faint.

As a result, if Boily J. found Dr. Vacaflor's testimony on this subject to be more credible than that

au sens de sérieuse, intense. [Dossier, à la p. 345 (je souligne).]

Enfin, le procureur des intimés a demandé au docteur Vacaflor de jauger l'intensité de l'obstacle qui empêchait Gauthier d'intenter une poursuite contre ses agresseurs. Il a répondu:

[TRADUCTION] Les deux exemples que je vous ai donnés sont des exemples de situations de grande acuité, où l'intensité de la crainte peut de fait le forcer à s'évanouir. Bien, il ne s'est jamais évanoui comme tel, donc au regard d'un tel sentiment de crainte, disons que c'était moins grave et que c'était certainement chronique. À mon avis, j'estime que son cas se situe entre la crainte réaliste et un élément d'aggravation vu sa personnalité et ses difficultés. Cependant, j'estime qu'elle était suffisamment intense. Je ne pense pas que cet homme était en mesure de prendre action. Je ne pense pas que cela lui soit venu à l'esprit; je pense que son état le poussait à fuir, à se cacher et à ne pas parler de l'affaire. Par conséquent, pour comparer à l'aide de tests, ce serait hasardeux, vraiment je, mais je crois que ce serait la façon dont je décrirais cela. [Dossier, aux pp. 349 et 350 (je souligne).]

Je reprends en détail les propos de l'expert des intimés afin de démontrer que la teneur de son témoignage est difficile à évaluer. Son opinion professionnelle est vague quant à l'ampleur de l'incapacité qui frappait l'appelant. De surcroît, le docteur Vacaflor n'a pas offert d'explication satisfaisante à propos de son expression [TRADUCTION] «[i]ncapable [...] de trouver la force psychologique nécessaire pour tenter des poursuites judiciaires». Il s'est attaché à la source de l'impossibilité (dans ce cas-ci, mi-«réelle», mi-«imaginaire», dit-il: dossier, à la p. 346), mais non vraiment au caractère déterminant de l'obstacle mental, aux conséquences qui en découlent ou à l'évolution des symptômes du traumatisme dans le temps. Lorsque le psychiatre Vacaflor s'est penché sur ces questions, il a affirmé que Gauthier faisait face à deux difficultés: une perception assez pessimiste de ses chances de succès contre la police au terme d'éventuelles procédures judiciaires, et une phobie moins importante que celle qui le forcerait à s'évanouir.

En conséquence, si le juge Boily a accordé sur cette question plus de crédibilité au témoignage du

10

11

12

of Dr. Béliveau, the appellant's expert, it is understandable that he adopted a qualified opinion of the appellant's psychological state during the months or years prior to his action for damages. Boily J. cannot be accused of erring in rejecting the experts' unanimous opinion that the appellant was psychologically unable to act until March 1988. Such a conclusion would be unjustified, since in my view the psychiatric assessments are not entirely consistent.

docteur Vacafloor qu'à celui du docteur Béliveau, expert de l'appelant, on comprend qu'il ait arrêté une opinion nuancée de l'état psychologique de l'appelant dans les mois ou les années précédant son action en dommages-intérêts. On ne saurait reprocher au juge Boily d'avoir commis une erreur en rejetant l'opinion unanime des experts à propos de l'incapacité psychologique de l'appelant jusqu'en mars 1988. Une telle conclusion serait injustifiée puisque les expertises psychiatriques ne sont pas, à mon avis, entièrement compatibles.

13 Be that as it may, the determination of impossibility is a matter for the trier of fact: this is what art. 2232 C.C.L.C. provides in stating that an absolute impossibility in fact prevents prescription from running. This prerogative belongs to the judge, not to the experts, and the experts readily conceded this by admitting that they could only formulate hypotheses as to the appellant's psychological state between 1982 and 1988 (Case on Appeal, at pp. 277-78 and 339). Boily J.'s reasons imply that the expert assessments were of limited assistance to him. He stated the following in summarizing them: [TRANSLATION] "On cross-examination, Dr. Béliveau acknowledged that he was unaware of the statements made before the Police Commission, but he did not think that would have led him to change his diagnosis. He also acknowledged that he had not questioned Gauthier as to whether he was aware that he was subject to a short prescription period" (pp. 14-15). It is of course difficult on appeal to assess the significance of these comments on the credibility of the expert witnesses.

Quoi qu'il en soit, la détermination de l'impossibilité appartient au juge des faits: c'est ce que prescrit l'art. 2232 C.c.B.C. en édictant que l'impossibilité absolue en fait empêche la prescription de courir. Cette prérogative appartient au juge et non aux experts. Ceux-ci l'ont d'ailleurs concédé dans la mesure où ils ont admis ne pouvoir formuler que des hypothèses quant à l'état psychologique de l'appelant entre 1982 et 1988 (dossier, aux pp. 277 et 278 et 339). Les motifs du juge Boily sous-entendent d'ailleurs que les expertises lui ont été d'une utilité limitée. Il a mentionné dans son résumé de celles-ci: «[e]n contre-interrogatoire, le docteur Béliveau reconnaît ne pas avoir pris connaissance des déclarations faites devant la Commission de police, mais ne croit pas que cela aurait pu changer son diagnostic. Il reconnaît aussi ne pas avoir questionné Gauthier, à savoir s'il savait qu'il était soumis à une prescription courte» (pp. 14 et 15). Évidemment, il est difficile en appel de juger de la portée de ces commentaires sur la crédibilité des témoins experts.

14 In my view, Boily J. considered the notion of impossibility in a subjective manner, in light of the evidence as a whole. The judge genuinely asked himself whether it was psychologically impossible for the appellant to bring his action until 1988. He accepted that it had been psychologically absolutely impossible for Mr. Gauthier to bring a civil action during the acute phase of his neurosis. He wrote the following: [TRANSLATION] "it probably was [absolutely impossible for him to act] for a certain period" (p. 17). However, Boily J. suggested that the second and third phases of post-

Selon moi, le juge Boily a considéré la notion d'impossibilité de façon subjective, à la lumière de l'ensemble de la preuve. Le juge s'est véritablement demandé si l'appelant était dans l'impossibilité psychologique d'intenter son recours jusqu'en 1988. À ce sujet, le juge de première instance a accepté que M. Gauthier avait été dans l'impossibilité psychologique absolue d'intenter une action civile durant la phase aiguë de sa névrose. Il a écrit: «il est vraisemblable qu'il[. . .] ait été [dans un état d'impossibilité absolue] pour une certaine période» (p. 17). Cependant, le juge Boily a laissé

traumatic neurosis do not necessarily result in an absolute impossibility in fact. At least that is what I infer from his comment that the experts' opinions were "much less [categorical]" in concluding that Gauthier was "[u]nable . . . to gather the necessary psychological strength to initiate legal charges" or that the appellant's post-traumatic symptoms [TRANSLATION] "in all probability prevented him from taking any action" against the respondents after the first six months following March 1, 1982 (at pp. 16-17).

The Superior Court judge then considered Gauthier's specific case and concluded: [TRANSLATION] "the plaintiff has not satisfied the court that it was indeed absolutely impossible for him to act throughout this lengthy period" (p. 17). The trial judge noted the apparent inconsistency between Gauthier's testimony before the Police Commission and an impossibility to act. He cast doubt on the existence of an impossibility to act by writing that Gauthier [TRANSLATION] "knew about prescription — a period of two years had been mentioned to him — and wanted to seek compensation in criminal court" (p. 18).

I concede that Boily J.'s reasons are problematic, in that he began at one point in his reasoning to lean toward an objective analysis of impossibility. The trial judge wrote (at p. 18):

[TRANSLATION] . . . the chronic period could have been avoided had the plaintiff consulted a specialist. For prescription to be suspended, the impossibility must be equivalent to superior force, that is, a case that human vigilance and ingenuity can neither anticipate nor prevent. Gauthier could have received treatment. He had retained a lawyer. He knew about prescription — a period of two years had been mentioned to him — and wanted to seek compensation in criminal court. This was not a case in which no amount of diligence would have allowed him to suspend it. The impossibility must be beyond challenge, which it cannot be in the present case.

entendre que les deuxième et troisième phases de la névrose post-traumatique ne donnent pas nécessairement lieu à une impossibilité absolue en fait. C'est du moins ce que je déduis de ses propos selon lesquels les opinions des experts étaient «beaucoup plus nuancé[e]s» dans leur conclusion que Gauthier était [TRANSLATION] «[i]ncapable [. . .] de trouver la force psychologique nécessaire pour intenter des poursuites judiciaires» ou que les symptômes post-traumatiques de l'appelant l'ont «fort vraisemblablement empêché de prendre quelque action» à l'endroit des intimés, après les premiers six mois suivants le 1^{er} mars 1982 (aux pp. 16 et 17).

Par la suite, le juge de la Cour supérieure s'est penché sur le cas spécifique de Gauthier et a conclu: «le demandeur n'a pas convaincu le tribunal qu'il était véritablement durant toute cette longue période dans un état d'impossibilité absolue» (p. 17). Le juge des faits a remarqué l'apparente incohérence entre le témoignage de Gauthier devant la Commission de police et l'impossibilité d'agir. Il a mis en doute l'existence d'une impossibilité en écrivant: «[i]l était au courant d'une prescription — on lui avait parlé d'une de deux ans —, il voulait demander réparation au criminel» (p. 18).

Je concède que les motifs du juge Boily sont problématiques dans la mesure où ce dernier tend vers une analyse objective de l'impossibilité à une certaine étape de son raisonnement. En effet, le juge de première instance a écrit (à la p. 18):

. . . si le demandeur avait consulté, la période chronique aurait pu être évitée. Il faut pour que la prescription soit suspendue que l'impossibilité équivaille à une force majeure, c'est-à-dire un cas dont la vigilance et l'industrie humaine ne peut ni prévoir, ni empêcher. Gauthier pouvait avoir des soins. Il a eu les services d'un avocat. Il était au courant d'une prescription — on lui avait parlé d'une de deux ans —, il voulait demander réparation au criminel. Il ne s'agit pas d'un cas où aucune diligence ne pouvait lui permettre de la suspendre. L'impossibilité doit être invincible, ce qui ne peut être le cas dans la présente affaire.

15

16

Two comments must be made concerning this excerpt from the judgment. First, one part of these comments is not relevant to the point at issue since, according to Dr. Béliveau, the chronic phase of post-traumatic stress does not result in an impossibility in fact. Second, in the context of the reasons as a whole, these few sentences of the trial judge are consistent with a subjective analysis of impossibility. As I see it, the trier of fact must ensure that the psychological impossibility was just as unforeseeable and irresistible for the victim as superior force, in light of the victim's personal characteristics and the lack of precision inherent in psychological evidence. I also agree with Gonthier J. that the impossibility must be reasonable, that is, in the case at bar, that the fear must relate to an objectively serious injury.

17 The appellant's post-traumatic neurosis gradually abated over the months and years following the night of torture of March 1, 1982. I accordingly accept that Gauthier was totally incapable of bringing an action against the respondents during the acute phase of his neurosis. It might even be argued that it was impossible for him to act during the subacute phase of his trauma, although Boily J. refrained from expressing a clear opinion on this subject. However, it seems that the chronic phase of the neurosis was insufficient to suspend prescription.

18 This means that the trial judge had to characterize, in legal terms, David Gauthier's psychological state during each phase of his post-traumatic stress. In my view, Boily J. properly discharged this duty. He did so in light of all the evidence, not only the expert assessments. The experts shed only very limited light on the approximate starting dates of the various phases of the victim's neurosis, and in particular on the approximate final date of the subacute phase, which was a critical time in this case.

19 In his expert report, the psychiatrist Dr. Vacaflor discussed David Allen Gauthier's state of fear over

Toutefois, deux commentaires s'imposent en ce qui concerne cet extrait du jugement. D'une part, une partie de ces propos n'est pas pertinente à la question en litige puisque la phase chronique du stress post-traumatique ne résulte pas dans une impossibilité de fait, de l'aveu du docteur Béliveau. D'autre part, ces quelques phrases du premier juge sont compatibles, dans le contexte de l'ensemble des motifs, avec une analyse subjective de l'impossibilité. Tel que je le conçois, le juge des faits doit s'assurer que l'impossibilité psychologique a été tout aussi imprévisible et irrésistible que la force majeure pour la personne qui en est victime, eu égard à ses caractéristiques personnelles et aux imprécisions inhérentes à la preuve en matière psychologique. Je partage aussi l'opinion du juge Gonthier selon laquelle l'impossibilité doit être raisonnable, c'est-à-dire en l'espèce que la crainte concerne un mal objectivement sérieux.

La névrose post-traumatique de l'appelant s'est progressivement résorbée au cours des mois et années qui ont suivi la nuit de torture du 1^{er} mars 1982. Ainsi, j'accepte que Gauthier a été complètement incapable d'intenter un recours contre les intimés durant la phase aiguë de sa névrose. On peut même avancer qu'il a été dans l'impossibilité d'agir durant la phase subaiguë de son traumatisme, bien que le juge Boily se soit gardé d'émettre une opinion claire à ce sujet. Par contre, il semble que la phase chronique de la névrose n'ait pas été suffisante pour suspendre les délais.

Il fallait donc que le juge du procès qualifie en termes juridiques l'état psychologique de David Gauthier durant chacune des phases de son stress post-traumatique. À mon avis, le juge Boily s'est bien acquitté de son devoir à cet égard. Ce faisant, il a pris en considération l'ensemble de la preuve, et non seulement les expertises. En effet, les experts n'ont apporté qu'un éclairage très tamisé sur les dates approximatives auxquelles se sont succédé les différentes phases de la névrose de la victime, et en particulier sur la date finale approximative de la phase subaiguë, un moment critique en l'espèce.

Dans son rapport d'expert, le psychiatre Vacaflor a discuté de l'état de peur dans lequel se

a six-year period but did not specify in any way when or how the symptoms of the subacute phase abated (Case on Appeal, at pp. 53 and 55). This witness gave no explanation concerning the manner in which David Gauthier came to bring an action for damages. As for Dr. Béliveau, he stated the following in this regard when examined at the hearing:

[TRANSLATION]

A. Listen, once again, the transition in terms of those symptoms [from the subacute phase to the chronic phase], it didn't take place, it didn't take place in March eighty-eight. I think that, what I said at that time is that he was incapable of bringing an action until then. Now if you ask me more directly how he was able to bring an action afterwards, my answer, once again, would be that there's no way I can do it, give you a definite response. However, one hypothesis that I consider highly likely is that, once he learned that the police officers had been convicted following the trial, at that point, especially if there were people who reassured him . . . at that point he may have been able to control his anxiety sufficiently to be able to take action. [Case on Appeal, at pp. 277-78 (emphasis added).]

Counsel for the respondents asked the expert what made him say that the appellant had become capable of bringing an action "in March 1988". He answered as follows:

[TRANSLATION]

A. Well what I said is that in March he was. I can't say that he wasn't in April or that he wasn't in February. . . . What I said is that he was in March, y'know, at the time he brought them. I believe it was in March that he brought the proceedings; I don't remember that for sure any more. But in March he was, perhaps a bit before then. But exactly when, it can't be done like that. What I said is that when he learned that the police officers had been convicted, when he had the judgment in other words, I think that must have been a strong factor. Especially if people were reassuring him at that time that he could do it. [Case on Appeal, at p. 281 (emphasis added).]

trouvait David Allen Gauthier durant une période de six ans, mais n'a aucunement précisé quand ou de quelle façon les symptômes propres à la phase subaiguë se seraient atténués (dossier, aux pp. 53 et 55). Ce témoin n'a offert aucune explication à propos de la façon dont David Gauthier en est venu à intenter un recours en dommages-intérêts. Quant au docteur Béliveau, voici ce qu'il a affirmé lors de son interrogatoire à l'audition:

R. Écoutez encore une fois le passage en termes des symptômes là [de l'état subaigu à l'état chronique] ça s'est fait pas, ça s'est fait pas là en mars quatre-vingt-huit là. J pense que, ce que je disais à ce moment-là c'est que jusqu'alors il avait été incapable de prendre des poursuites. Maintenant si vous me demandez plus directement comment ça s'est fait qu'il a pu en prendre après des poursuites, ben j'vous répondrais, encore là j'ai aucun moyen de pouvoir le faire, le dire de façon certaine. Mais une hypothèse que je considère tout à fait vraisemblable c'est que, une fois qu'il se soit rendu compte que les policiers avaient été condamnés suite au procès c'est sûr qu'à ce moment-là, surtout si y a eu des gens qui l'ont rassuré [. . .] y a pu à ce moment-là être capable de contrôler suffisamment son anxiété pour se permettre de prendre des mesures. [Dossier, aux pp. 277 et 278 (je souligne).]

Le procureur des intimés a demandé à l'expert ce qui lui fait dire que l'appelant est devenu capable d'intenter une action «en mars 1988». Il a répondu:

R. Bon c'que j'ai dit c'est qu'au mois d'mars il l'était. J'peux pas dire qu'il ne l'était pas au mois d'avril ou qu'il ne l'était pas au mois d'février [. . .] C'que j'ai dit c'est qu'il l'était au mois de mars «tsé» au moment où il les a pris. J pense c'est au mois d'mars qu'il a pris les procédures, j'me souviens pu là par cœur. Mais au mois d'mars il l'était, peut-être un peu avant aussi maintenant exactement quand là, ça s'est fait pas comme ça. C'que j'ai dit c'est que quand il a eu l'information à l'effet que les policiers étaient condamnés, qu'il a eu le jugement autrement dit, je pense que ça pu être un bon facteur. Surtout si des personnes l'ont rassuré à ce moment-là pour être capable d'le faire. [Dossier, à la p. 281 (je souligne).]

21

At trial, Dr. Béliveau reiterated the key points of his opinion a number of times, including the thesis that the conviction of the police officers would have had a reassuring effect, especially if the appellant had discussed it with those close to him and had been reassured (Case on Appeal, at p. 293). However, the evidence does not show that the appellant had any such discussions. At the examination for discovery, Mr. Gauthier was asked what led him to bring his action (Case on Appeal, at pp. 483-84):

R. I don't really know who it was who finally got me going like to take the proceedings.

Q. O.K. well at a given point, did somebody explain to you that you had the right to sue these people?

R. Not really no, no . . . outright no.

Q. Well did any people encourage you to . . . say that you should do it, members of your family or anybody?

R. No.

Q. It was just came into your own mind yourself, is that correct?

R. Well it was in my mind for quite a while myself, with nobody telling me.

Q. Yes, for how long had it been in your mind?

R. Actually ever since it happened.

Q. Ever since it happened?

R. Ever since they got hold of me in 1982.

22

The psychiatrist stated more than once that the transition from the subacute phase to the chronic phase might have taken place before March 1988. He acknowledged that the appellant might have been able to bring legal proceedings [TRANSLATION] "in February, January, etc. I don't see how it would be possible to determine the exact time" (Case on Appeal, at pp. 293-94 (emphasis added)). It is even possible that Gauthier experienced temporary episodes of chronic phase symptoms before March 1988 (Case on Appeal, at p. 297). Finally, the expert was asked the following question: [TRANSLATION] "So essentially you are saying that he was capable of doing it in March because he did

Au procès, le docteur Béliveau a répété à plusieurs reprises les éléments-clés de son opinion, y compris la thèse à propos de l'effet rassurant de la condamnation des policiers, surtout dans la mesure où l'appelant en a discuté avec des proches et a pu être rassuré (dossier, à la p. 293). Or, la preuve ne révèle pas de telles discussions qu'aurait eues l'appelant. En fait, en interrogatoire avant défense, on a demandé à M. Gauthier ce qui l'a poussé à intenter son recours (dossier, aux pp. 483 et 484):

[TRANSLATION]

R. Je ne sais pas vraiment qui est la personne qui m'a finalement incité à intenter des poursuites.

Q. O.K., eh bien à un certain moment, est-ce que quelqu'un vous a expliqué que vous aviez le droit de poursuivre ces gens?

R. Pas vraiment non, non . . . franchement non.

Q. Enfin est-ce que des gens vous ont encouragé à . . . vous ont dit que vous devriez le faire, des membres de votre famille ou quiconque?

R. Non.

Q. Cela vous est simplement venu à l'esprit par vous-même, est-ce exact?

R. Eh bien, j'y pensais déjà depuis un certain temps, sans que personne ne m'en parle.

Q. Oui, depuis combien de temps y pensiez-vous?

R. En fait, depuis que c'est arrivé.

Q. Depuis que c'est arrivé?

R. Depuis qu'ils ont mis la main sur moi en 1982.

Plus d'une fois, le médecin psychiatre a déclaré que le passage de la phase subaiguë à la phase chronique a pu s'effectuer avant mars 1988. Il a admis que l'appelant aurait pu être capable d'intenter des procédures judiciaires «à partir du mois de février, du mois de janvier etc. J'vois pas comment est-ce qu'on peut arriver à déterminer ça de façon précise» (dossier, aux pp. 293 et 294 (je souligne)). Il est même possible que Gauthier ait pu vivre des épisodes temporaires de symptômes de la phase chronique avant mars 1988 (dossier, à la p. 297). Enfin, on a posé à l'expert la question suivante: «Alors dans l'fond vous dites qu'il a été capable d'le faire au mois d'mars parce qu'il l'a

it [initiated legal proceedings] in March? [Answer:] Well, yes, to a certain extent you could say that's what I said" (Case on Appeal, at p. 294).

I have reproduced these lengthy excerpts from the transcripts to show that the expert assessments are of limited usefulness for determining the time when the subacute phase of the neurosis abated. Dr. Béliveau even concluded as follows:

[TRANSLATION] All I can tell you is that I give an opinion based on the symptomatology before me. The rest are possibilities, but I can't. . . . To be honest, I don't think I can give a firm opinion on this point. I think the judge is in as good a position as I am, even in a better position than I am with all the evidence before him, to reach a decision. [Case on Appeal, at p. 295 (emphasis added).]

With respect, it would be wrong to maintain that Boily J. disregarded the unanimous opinion of the experts that it was impossible for Gauthier to act until March 1988. The expert assessments are silent or unconvincing on the question of the time when the subacute symptoms of the neurosis dissipated. Dr. Béliveau's diagnosis that the appellant became capable of bringing his proceedings in March 1988 is based in large part on the fact that it was then that he actually contacted a lawyer. In my view, this reasoning is not determinative of whether Gauthier could have brought his action before that date.

Notwithstanding Boily J.'s inappropriate use of the expression "lack of courage" with respect to the appellant, it is my view that the trial judge did not commit any errors in his analysis of absolute impossibility in fact. His conclusion is supported by complex and detailed evidence. Nor am I convinced that his assessment of the probative value of the various pieces of evidence was unreasonable. For these reasons, I do not think that this Court should interfere with the decision of the trier of fact.

fait au mois d'mars [initier des procédures judiciaires]? [Réponse:] Ben jusqu'à un certain point vous pourriez me faire dire ça effectivement.» (Dossier, à la p. 294.)

Je reproduis ces longs extraits des notes sténographiques pour démontrer que l'utilité des expertises est limitée sur la question du moment à partir duquel la phase subaiguë de la névrose s'est résorbée. Le docteur Béliveau a même conclu:

Tout c'que j'peux vous dire c'est que moi je donne une opinion à partir de ce que j'ai comme symptomatologie. Le restant c'est des choses possibles mais j'peux pas rien. . . . Honnêtement j'pense pas que j'peux me prononcer là-d'sus. J'pense qu'le juge est aussi capable que moi, mieux capable que moi avec toute la preuve qu'il a de se prononcer. [Dossier, à la p. 295 (je souligne).]

Avec respect, on aurait tort de prétendre que le juge Boily a écarté l'opinion unanime des experts à l'effet que Gauthier a été dans l'impossibilité d'agir jusqu'en mars 1988. Sur la question du moment à partir duquel les symptômes subaigus de la névrose se sont dissipés, les expertises sont soit silencieuses, soit peu convaincantes. Le diagnostic du docteur Béliveau selon lequel l'appelant est devenu capable d'intenter ses procédures en mars 1988 se base en grande partie sur le fait qu'il a effectivement contacté un avocat à ce moment. Ce raisonnement ne m'apparaît pas déterminant quant à savoir si Gauthier a pu intenter son action avant cette date.

Malgré l'expression inopportune du juge Boily à propos du «manque de courage» de l'appelant, je suis d'avis que le premier juge n'a pas commis d'erreur dans son analyse de l'impossibilité absolue en fait. Sa conclusion est étayée par une preuve complexe et détaillée. À cet égard, je ne peux non plus me convaincre que son appréciation de la valeur probante des divers éléments de preuve était déraisonnable. Pour ces motifs, je ne crois pas que notre Cour devrait intervenir à l'encontre de la décision du juge des faits.

23

24

25

II. The Assessment of Subjective Impossibility in This Case

26

If my conclusion that Boily J. did not commit any errors of law was wrong, I am also satisfied after reviewing the evidence that the appellant was capable of bringing his action for damages long before March 1988. In this case, the alleged impossibility is a question of fact that depends on how credible the appellant's account of his state of mind until 1988 is found to be. It must be understood that this Court is at a disadvantage in relation to the trial court on any questions of credibility. For example, what weight should be given to the perjury committed by David Gauthier in 1985 when he stated under oath that he had not taken part in the theft of the safe? (Gauthier later pleaded guilty to a charge relating to that offence: Case on Appeal, at pp. 170 and 459-61.) Or what importance should be attached to his mistrust of the police? The appellant stated that he had no faith in the police or the judicial system (Case on Appeal, at pp. 112 and 131), although he agreed to give information to the Police Commission. Furthermore, when a representative of the Commission contacted him in 1985, he was afraid it was a trap, and his response was to verify the identity of the caller by contacting a member of the RCMP! (Case on Appeal, at p. 118.)

27

I share the view of the judges below that it was no longer psychologically impossible for the appellant to bring an action after he testified before the Police Commission in 1985. Furthermore, the appellant testified at the respondents' preliminary inquiry on charges of assault in 1986, and at their trial in 1988. David Gauthier had the assistance of counsel on each of these three occasions (reasons of Boily J., at p. 8). It can also be seen from an excerpt from the evidence that the appellant tried to discuss prescription with his lawyer in 1985, but that the lawyer did not have time to consider this question: "I believe I might have asked him once about it. But then he was busy in that there so whenever he even got to it I couldn't explain my circumstances or nothing to him" (Case on Appeal,

II. L'appréciation de l'impossibilité subjective en l'espèce

Si je me trompais quant à ma conclusion que le juge Boily n'a pas commis d'erreur en droit, mon examen de la preuve me convainc de surcroît que l'appellant était capable d'intenter son action en dommages-intérêts bien avant mars 1988. Dans cette affaire, l'impossibilité alléguée est un problème de fait dont la résolution dépend de la crédibilité accordée à l'appellant dans la narration de son état d'esprit jusqu'en 1988. Or, il faut bien comprendre que notre Cour est en position désavantageuse par rapport au tribunal de première instance sur toute question de crédibilité. Par exemple, quel poids faut-il accorder au parjure de David Gauthier commis en 1985 lorsqu'il a déclaré sous serment qu'il n'avait pas participé au vol de coffre-fort? (Gauthier a plus tard plaidé coupable à une accusation relative à cette infraction: dossier, aux pp. 170 et 459 à 461.) Ou quelle importance donner à sa méfiance à l'égard de la police? L'appellant affirme ne pas avoir confiance dans la police et le système judiciaire (dossier, aux pp. 112 et 131), mais il a tout de même accepté de fournir des informations à la Commission de police. De plus, lorsqu'un représentant de la Commission est entré en contact avec lui en 1985, il a craint un traquenard. Il a donc vérifié l'identité de son interlocuteur en contactant un membre de la Gendarmerie royale du Canada! (Dossier, à la p. 118.)

Je partage l'opinion des juges des cours inférieures qui ont retenu contre l'appellant qu'il n'était plus dans l'impossibilité psychologique d'intenter un recours après avoir témoigné devant la Commission de police en 1985. Je rappelle aussi que l'appellant a témoigné à l'enquête préliminaire des intimés accusés de voies de faits en 1986, de même que lors de leur procès en 1988. Or, David Gauthier bénéficiait des services d'un avocat dans chacune de ces trois instances (motifs du juge Boily, à la p. 8). Il ressort aussi d'un extrait de la preuve que l'appellant a tenté de discuter de la prescription avec son avocat en 1985, mais que celui-ci n'avait pas le temps de considérer cette question: [TRADUCTION] «Je crois lui avoir posé la question une fois. Mais à ce moment-là il était

at pp. 200-201). The appellant also stated at the criminal trial of the respondent police officers in 1988 that he thought it was impossible for him to bring an action against the Town of Brome Lake: "You can believe it if you want. But right from the start of my first declaration, it was said to me clear that there was no, I don't know what word to use. . . . To put a civil suit, I had a maximum of two years after the incident" (Case on Appeal, at pp. 471-72). Furthermore, in response to a question put by one counsel at the criminal trial, Mr. Gauthier stated that he was not afraid of the respondent officers even though his address had been recited in their presence (Case on Appeal, at pp. 475 and 479).

It is hard to know what to think of the comments set out above that were made by the appellant in the course of a painful judicial saga that has now been going on for 13 years. While it is clear that some of these remarks are unreliable or do not specify the period to which they refer, they nevertheless cast doubt on the appellant's psychological disability.

Dr. Béliveau, the plaintiff's expert witness, stressed the fact that Mr. Gauthier was not the party taking action during the Police Commission's inquiry or the criminal trials. According to this psychiatrist, it should accordingly not be inferred from the fact that the appellant testified in those proceedings that he was then capable of himself bringing an action against the respondents (Case on Appeal, at pp. 274-75 and 298-303). I hesitate to accept this point of view. The appellant was all the same a key witness in a criminal prosecution that might result in the imprisonment of police officers. Seeking compensation and exemplary damages seems insignificant in comparison. It is of course difficult to know whether Gauthier, who is not a lawyer, could grasp the significance of this distinction.

Nor should the appellant's participation in the Police Commission's inquiry or the criminal trial be distinguished from the institution of civil proceedings on the basis of the subpoenas served on

occupé de sorte que même quand il est arrivé à cette question, je ne pouvais pas lui expliquer ma situation ni rien» (dossier, aux pp. 200 et 201). L'appelant a aussi affirmé lors du procès criminel des intimés policiers en 1988 qu'il croyait qu'il lui était impossible d'intenter un recours contre la Ville de Lac Brome: [TRADUCTION] «Vous pouvez le croire si vous le voulez, mais dès le début de ma première déclaration, ça m'a été dit très clairement qu'il n'y aurait aucun, je ne sais pas quel mot utiliser . . . d'intenter une poursuite civile, j'avais un maximum de deux ans après l'incident» (dossier, aux pp. 471 et 472). Qui plus est, en réponse à une question d'un procureur lors du procès criminel, M. Gauthier a déclaré ne pas avoir peur des intimés policiers bien qu'on ait récité son adresse devant eux (dossier, aux pp. 475 et 479).

On ne sait trop quoi penser des commentaires que j'ai énumérés, prononcés par l'appelant au cours d'une triste saga judiciaire qui dure par ailleurs depuis maintenant 13 ans. S'il est clair que certains de ces propos sont peu fiables ou ne précisent pas la période à laquelle ils font référence, ils remettent tout de même en question l'incapacité psychologique de l'appelant.

Le docteur Béliveau, témoin expert de la demande, a insisté sur le fait que M. Gauthier n'était pas agresseur lors de l'enquête de la Commission de police ou des procès criminels. Selon ce psychiatre, il ne faut donc pas déduire du témoignage de l'appelant dans ces instances qu'il était alors capable d'intenter lui-même un recours contre les intimés (dossier, aux pp. 274 et 275, et 298 à 303). J'hésite à endosser cette vision des choses. L'appelant était tout de même témoin-clé dans une poursuite criminelle dont l'issue possible était l'emprisonnement de policiers! En comparaison, demander compensation et des dommages exemplaires apparaît bien peu de choses. Évidemment, il est difficile de savoir si Gauthier, qui n'est pas avocat, pouvait saisir la portée de cette distinction.

Il ne faut pas non plus distinguer la participation de l'appelant à l'enquête de la Commission de police ou au procès criminel de l'institution de procédures civiles sur la base des subpoenas reçus

28

29

30

Mr. Gauthier during the criminal trial and the inquiry. The following is an excerpt from his examination on this subject (Case on Appeal, at pp. 215-16):

Q. Was there anything in 1986 when you came here to testify for the second time, for the third time, for the preliminary enquiry in 1986, there is anything stopping you at that time from suing the town of Brome Lake?

R. Yes there was. Two police officers.

Q. I see?

R. Ex-police officers.

Q. And what was it that was stopping you. I mean you came here and you testified freely and voluntarily didn't you?

R. Freely, no.

Q. Oh no?

R. I believe I got a subpoena.

Q. But if you hadn't got a subpoena, you would have come on your own wouldn't you?

R. If I could have afforded it.

Q. So it wasn't the fact that those two police officers were here that was stopping you from coming and testifying?

R. I knew if I could have got down here I could have got police protection.

Q. Right. So what was the difference between testifying against them in open court or taking a civil action against the town of Brome Lake?

R. I didn't know, I still don't know if you can get the police protection for a civil suit.

The appellant's testimony does not convince me that he was compelled to act against his will on all these occasions. In short, even when Mr. Gauthier referred to the police protection he received when testifying at the Police Commission's inquiry, what he said suggests that his fear was more reasoned than insurmountable.

par M. Gauthier lors du procès criminel et de l'enquête. Voici un extrait de son interrogatoire à ce sujet (dossier, aux pp. 215 et 216):

[TRADUCTION]

Q. Y avait-il quelque chose, en 1986, lorsque vous êtes venu ici témoigner pour la deuxième fois, pour la troisième fois, à l'enquête préliminaire en 1986, y avait-il quelque chose qui vous empêchait à cette époque de poursuivre la ville de Lac Brôme?

R. Oui il y avait quelque chose. Deux policiers.

Q. Je vois?

R. Deux ex-policiers.

Q. Et qu'est-ce qui vous en empêchait. Je veux dire vous êtes venu ici et vous avez témoigné librement et volontairement, n'est-ce pas?

R. Librement, non.

Q. Ah non?

R. Je crois avoir reçu un subpoena.

Q. Mais si vous n'aviez pas reçu de subpoena, vous seriez venu de vous-même n'est-ce pas?

R. Si j'en avais eu les moyens.

Q. Donc ce n'était pas le fait que ces deux policiers se trouvaient ici qui vous empêchait de venir et de témoigner?

R. Je savais que si je pouvais venir ici je pouvais obtenir la protection de la police.

Q. D'accord. Alors quelle est la différence entre témoigner contre eux en audience publique et intenter une poursuite civile contre la ville de Lac Brôme?

R. Je ne savais pas, je ne sais toujours pas s'il est possible d'obtenir la protection de la police dans une poursuite civile.

Le témoignage de l'appellant ne me convainc pas qu'il a été contraint à agir contre son gré à toutes ces reprises. En somme, même lorsque M. Gauthier fait référence à la protection policière dont il bénéficiait lors de son témoignage à l'enquête de la Commission de police, il laisse entrevoir une crainte plus raisonnée qu'insurmountable.

One can only speculate why the appellant did not institute legal proceedings before May 3, 1988. I wonder what effect the fact that he lived in

On ne peut que spéculer sur les raisons pour lesquelles l'appellant n'a pas initié de recours judiciaires avant le 3 mai 1988. Je me demande quel

British Columbia had, since the action had to be brought in Quebec. It can be seen from the evidence that the appellant and his family came to live in Quebec in June 1988, which made it much easier to prosecute the action.

Under our law it must have been absolutely impossible for the appellant to act until six months before he actually did so. Since the originating documents were served on May 3, 1988, the appellant must show that it was impossible for him to act until early November 1987. With respect, I cannot conclude that the appellant was incapable of bringing his action before he contacted his current lawyer in the spring of 1988. Given such a short prescription period (six months, now amended where the action is founded on an obligation to make reparation for bodily injury: art. 2930 *C.C.Q.*), I do not think the courts below erred. First, no matter how useful they may be, the expert assessments do not specify when the appellant gained sufficient control over his post-traumatic phobia to take legal action. Second, several excerpts from the appellant's testimony suggest that it would have been possible for him to assert his rights before the end of 1987. In light of the evidence as a whole, it is my view that in the fall of 1987, the appellant did not face a psychological impediment that no amount of diligence would have allowed him to overcome. For these reasons, and with some regret, I would therefore dismiss the appeal, without costs.

Should the Court conclude that the appellant's action is not prescribed, I believe it would be rash to award damages without the benefit of the reasons of the courts below on this question. In that event, I would suggest that the matter be remanded to the Superior Court so that it may determine the municipality's liability and the extent of the damage sustained by the appellant.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. delivered by

est l'effet de sa résidence en Colombie-Britannique alors que cette action devait être intentée au Québec. Par ailleurs, il ressort de la preuve que l'appellant et sa famille sont venus s'installer au Québec en juin 1988, rendant la poursuite de l'action en justice beaucoup plus facile.

Notre droit exige que l'appellant ait été dans l'impossibilité absolue d'agir jusqu'à six mois avant qu'il ne le fasse effectivement. Puisque les procédures introductives d'instance ont été signifiées le 3 mai 1988, l'appellant doit démontrer qu'il était dans l'impossibilité d'agir jusqu'au début novembre 1987. Avec égards, je ne peux conclure que l'appellant a été incapable d'intenter son recours avant qu'il ne contacte son avocat actuel au printemps 1988. En présence d'une prescription si courte (six mois, maintenant amendée lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel: art. 2930 *C.c.Q.*), je ne crois pas que les cours inférieures aient fait erreur. D'une part, les expertises, tout utiles qu'elles soient, ne précisent pas quand l'appellant a suffisamment pu maîtriser sa phobie post-traumatique pour intenter un recours judiciaire. D'autre part, divers extraits des témoignages de l'appellant laissent supposer qu'il lui était possible de faire valoir ses droits avant la fin de 1987. À la lumière de l'ensemble de la preuve, je suis d'avis que l'appellant ne se trouvait pas à l'automne 1987 devant un obstacle psychologique qu'aucune diligence ne pouvait permettre de surmonter. Pour ces motifs et avec certains regrets, je rejetterais donc le pourvoi, sans frais.

Par ailleurs, si la Cour en venait à la conclusion que le recours de l'appellant n'est pas prescrit, je crois qu'il serait téméraire d'accorder des dommages-intérêts sans le bénéfice des motifs des cours inférieures sur cette question. Dans cette éventualité, je suggérerais que l'affaire soit renvoyée en Cour supérieure aux fins de statuer sur la responsabilité de la municipalité et sur l'étendue du préjudice subi par l'appellant.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache a été rendu par

34 GONTHIER J. — This appeal deals primarily with the concept of absolute impossibility in fact to act as a cause of suspension of extinctive prescription.

I. Facts

35 On March 1, 1982, the appellant was brutally beaten and tortured by the respondents Mario Beaumont and Alyre Thireault, who were respectively a police officer and chief of police of the respondent Municipal Corporation of the Town of Brome Lake. The trial judge's description of the events was reproduced by the Court of Appeal. The parties also referred to this account, which I will now quote:

[TRANSLATION] At about midnight on March 1, 1982, while Gauthier [the appellant] was sleeping at his brother-in-law's residence in Lac Brôme, he was suddenly awakened by police officers from that municipality. He was arrested for questioning about the theft of a safe. No formal charges had yet been laid against him.

He was taken to the police station, to a room where officers Beaumont and Thireau [*sic*] wanted to question him; the latter is the chief of police. In fact, they tried to force him to answer. Thireau punched and kicked him in the head a number of times. Before they went further, he was photographed; his injuries were not yet apparent. He was then hit again, and they tried to make him confess that he was involved in the theft of a safe in Foster, a municipality located close to Lac Brôme.

Gauthier still refused to speak. He made no statement. At no time was he told why he had been arrested, and the only justification for detaining him was to make him confess to participating in the theft of the safe. Nor was he told of his right to contact his next of kin or his right to retain and instruct counsel.

At one point, Beaumont punched him so hard with a right to the head that his uniform was spattered with blood. In anger, Beaumont screamed: "I'm going to kill you fucking pig." They continued to hit him. Then, they took him to a washroom, where they plunged his head into the toilet. As they were not yet satisfied, he was taken to another room, where they removed his clothes and started throwing burning matches at his genitals, which caused him unspeakable pain. The contents of an aerosol container were sprayed in his face. The torture

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi porte principalement sur la notion d'impossibilité absolue en fait d'agir comme cause de suspension de la prescription extinctive.

I. Faits

Le 1^{er} mars 1982, l'appelant est brutalement battu et torturé par les intimés Mario Beaumont et Alyre Thireault, respectivement policier et directeur de police de l'intimée, la Corporation municipale de Ville de Lac Brôme. Le compte rendu des événements présenté par le juge de première instance fut repris par la Cour d'appel. Les parties ont elles aussi fait allusion à ce récit que je reproduis:

Vers minuit le 1^{er} mars 1982, alors que Gauthier [l'appelant] dort chez son beau-frère à sa résidence de Lac Brôme, il est subitement réveillé par des policiers de cette municipalité. Il est arrêté pour interrogatoire relativement à un vol de coffre-fort. Il n'y a alors aucune accusation formelle de portée contre lui.

Il est conduit au poste de police dans une salle où les policiers Beaumont et Thireau [*sic*] veulent l'interroger, ce dernier est chef de police. En réalité c'est la question qu'on lui impose. Il est frappé à plusieurs reprises par Thireau à la tête, celui-ci se servant de ses poings et de ses pieds. Avant de procéder plus à fond, il est photographié — ses blessures ne sont pas encore apparentes — . Par la suite, il est de nouveau frappé et on tente de lui faire avouer qu'il est impliqué dans un vol de coffre-fort à Foster, municipalité située près de celle de Lac Brôme.

Gauthier refuse toujours de parler. Il ne fait aucune déclaration. En aucun moment les motifs de son arrestation ne lui sont divulgués et sa détention se justifie uniquement pour faire avouer sa participation au vol de coffre-fort. Encore moins est-il informé de son droit de prévenir ses proches ou de recourir à l'assistance d'un avocat.

À un certain moment, Beaumont le frappe avec son poing droit à la tête au point que du sang éclabousse son uniforme. Beaumont fâché crie: [TRANSLATION] «Je vais te tuer mon enfant de chienne.» On continue à le frapper. Puis on l'amène dans une salle de toilettes où on lui plonge la tête dans le cabinet d'aisances. Non satisfait, il est conduit dans une autre pièce, on le déshabille et on se met à lui lancer des allumettes en feu sur les parties génitales, lui causant des douleurs indicibles. On lui pulvérise par la suite un aérosol dans la figure. Le supplice

continued. The defendants hung him upside down in a stairwell and clubbed him. They threatened to drop him unless he talked.

He was then taken to a basement cell, where he was given a 40-ounce bottle of liquor. They suggested he drink it to get his strength back. He refused, as he knew that it could be used against him if he smelled of alcohol.

Although he was now dressed only lightly and covered with scratches and bruises, he was driven to an isolated place, where he was tied to a metal post near a little-travelled gravel road. It was close to -25 Celsius. They returned for him one or one and a half hours later. Day was breaking; it may have been about 6:00 a.m.

He was taken back to the station, where he was told to place his frozen hands on a desk. Thireau picked up a club, struck the desk with it a few times and ordered Gauthier to confess that he had taken part in the theft or he would break all his fingers. Thireau did in fact hit Gauthier's right hand with the club. He then hit the floor near Gauthier's frozen feet and forced him to dance. Finally, since he would not confess, they returned him to his cell.

A little later, he was taken to the ground floor, where another officer who arrived for his shift was more conciliatory. Gauthier wanted to call his brother-in-law, whose name was Thompson. The officers agreed, but he was warned that after his release, he would have to stay at Thompson's house. Thireau told him that if he saw him anywhere other than at Thompson's house after he left, he would kill him.

However, they kept him in a basement cell until 7:00 p.m, when the defendant Thireau drove him to a side road in a patrol car and told him: [TRANSLATION] "If I see you again, I'll kill you." Gauthier walked to Thompson's house, which was a fair distance from the place where he had been dropped off.

He walked barefoot or in stocking feet, but without shoes, which he found painful to wear. He knocked on Thompson's door with his knees, as he was unable to use his hands owing to his injuries. Thompson wanted to take him to the hospital, but Gauthier refused because he was afraid the defendants would kill him.

Thompson gave him first aid, but as this was clearly insufficient, Gauthier finally agreed to go to the Cowansville hospital, where he stayed for a few days. Still afraid to initiate an investigation of the defendants because he feared for his life, he did not give the real

perdre. Il est suspendu tête en bas par les défendeurs dans un escalier et il est frappé à coups de bâton. On menace de le laisser tomber s'il ne parle pas.

Puis, il est conduit dans une cellule dans le sous-sol où on lui présente un 40 onces d'une boisson alcoolique. On lui suggère d'en prendre pour se remonter. Il refuse sachant que cela pourra être servi contre lui s'il sentait la boisson.

Alors qu'il n'est plus que légèrement vêtu, plein d'éraflures, d'ecchymoses, on le conduit en automobile dans un endroit isolé où on l'attache à un poteau de métal près d'un chemin de gravier très peu fréquenté. Il fait près de -25 Celsius. On vient le chercher une heure, une heure trente plus tard. Le jour se lève, il peut être environ 6 h.

Il est ramené au poste et là encore, alors qu'il a les mains gelées, on lui dit de les placer sur un bureau. Thireau prend un bâton, donne des coups sur le bureau et ordonne à Gauthier d'avouer sa participation au vol, sans quoi il lui casserait tous les doigts. Effectivement, Thireau frappe la main droite de Gauthier avec son bâton. Puis il frappe autour des pieds gelés et force Gauthier à danser. Finalement, comme il n'avoue rien, ils le remettent en cellule.

Un peu plus tard, il est conduit au rez-de-chaussée et là un autre policier qui arrive pour son travail est plus conciliant. Gauthier veut appeler son beau-frère, un dénommé Thompson. Les policiers acceptent mais il est bien avisé que libéré, il devra rester chez celui-ci. Thireau lui mentionne que si après son départ il le trouvait ailleurs que chez Thompson, il le tuerait.

Ils le gardent cependant en cellule au sous-sol jusqu'à 19 h. À cette heure, le défendeur Thireau le conduit dans une auto-patrouille dans un petit chemin et lui dit: «Si je te vois une autre fois, je vais te tuer.» Gauthier se dirige chez Thompson à pied, dont la maison se trouve à une bonne distance de l'endroit où il a été laissé.

Il marche pieds nus ou à pieds de bas, mais sans souliers qu'il trouve douloureux de porter. Il frappe à la porte de Thompson avec ses genoux ne pouvant utiliser ses mains vu ses blessures. Thompson veut le conduire à l'hôpital mais Gauthier, effrayé d'être tué par les défendeurs, refuse.

Thompson lui prodigue les premiers soins mais, comme de toute évidence ils ne suffisent point, Gauthier accepte finalement d'aller à l'hôpital de Cowansville où il reste quelques jours. Toujours de peur de déclencher une enquête sur les défendeurs, car il craint pour sa vie,

cause of his injuries but said that he had suffered frost-bite while hitchhiking.

He then spent a week in the home of another brother-in-law. He eventually left for Vancouver, where he was unable to work for at least six months and lived on welfare benefits. He then returned to Yellowknife.

He spoke to no one about what had happened to him, and it was not until 1985, following disclosures by police officers from the municipality who had not been involved in the events, that he received a telephone call from a representative of the Police Commission.

Afraid that it was a trap, he hung up. He then contacted a member of the Royal Canadian Mounted Police in Yellowknife, who gave him some advice on how to determine whether the caller was indeed a member of the Police Commission. After the call proved to be genuine, he made a sworn statement setting out the events concerning himself, but it contained two falsehoods: he stated that he had had nothing to do with the theft of the safe in Foster and that he had not gone there while in Quebec.

He then testified before the Police Commission under police protection. After the inquiry, he returned to Western Canada. He learned between 1985 and 1988 that the Crown had laid criminal charges against the defendants and that he would eventually be called to testify at their trial.

He testified at their preliminary inquiry in January 1986 and later at the trial in February 1988. Beaumont and Thireau were convicted of aggravated assault and sentenced to one and three months in prison, respectively, and to a fine. The Court of Appeal later increased this sentence to one year in prison for Beaumont and two years for Thireau.

It should be mentioned that prior to testifying before the Police Commission in 1985, Gauthier pleaded guilty to the charge of theft of the safe in Foster in 1982. He was represented by counsel at that time as well as during the Police Commission's inquiry and at the police officers' preliminary inquiry and trial.

In the course of the trial, he even discussed with his lawyer the possibility of seeking an order for compensation under the *Criminal Code*. Crown counsel talked him out of doing so, as he was afraid that an order for compensation would result in a reduced sentence.

il ne déclare pas la véritable cause de ses blessures disant qu'il s'est fait des engelures en faisant du pouce.

Par la suite, il passe une semaine chez un autre beau-frère. Il part finalement pour Vancouver. Là-bas, il est incapable de travailler pendant au moins six mois. Il vit de prestations d'aide sociale puis il retourne à Yellowknife.

Il ne parle à personne de ce qui lui est arrivé et ce n'est qu'en 1985, suite à des révélations par des policiers de la municipalité non impliqués dans les événements, qu'un représentant de la Commission de police communique par téléphone avec lui.

Craignant qu'il s'agisse d'un traquenard, celui-ci racroche. Il s'adresse alors à un membre de la Gendarmerie Royale du Canada à Yellowknife et reçoit certains conseils pour savoir si la personne qui l'appelle est vraiment membre de la Commission de police. Par la suite, le fait s'avérant vrai, il fait une déclaration sous serment dans laquelle il rapporte les événements qui le concernent mais qui contient deux faussetés. Il affirme ne rien avoir eu (*sic*) avec le vol de coffre-fort à Foster et n'être jamais allé à cet endroit lors de son séjour au Québec.

Subséquemment, il témoigne sous protection policière devant la Commission de police. Après l'enquête, il retourne dans l'Ouest du pays. Il apprend entre 1985 et 1988 que la Couronne a porté des accusations criminelles contre les défendeurs et qu'il doit un jour être appelé à témoigner à leur procès.

En janvier 1986, il témoigne à leur enquête préliminaire et par la suite au procès en février 1988. Beaumont et Thireau sont trouvés coupables de voies de fait graves et condamnés respectivement à un et trois mois de prison ainsi qu'à une amende. La Cour d'appel augmentera plus tard cette sentence à un an d'emprisonnement dans le premier cas et deux ans dans le deuxième.

Il faut mentionner qu'avant de rendre témoignage à la Commission de police en 1985, il a plaidé coupable à l'accusation du vol de coffre-fort survenu à Foster en 1982. Il a été représenté par avocat à ce moment ainsi que durant l'enquête de la Commission de police, à l'enquête préliminaire et au procès des policiers.

Lors du procès, il a même envisagé avec son avocat de demander une ordonnance de réparation en vertu du *Code criminel*. Il en a été dissuadé par le procureur de la Couronne, celui-ci craignant qu'une ordonnance de réparation diminue la sentence qui devrait être imposée.

On March 31, 1988, Gauthier contacted his counsel, who are now helping him obtain compensation for the ill-treatment he suffered.

The appellant decided to sue the respondents for damages on March 31, 1988, although his action was not served on them until May 3, 1988. He alleged in his amended declaration that the respondents Beaumont and Thireault were liable for his injuries because they wilfully and intentionally committed a fault within the meaning of art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") and interfered with his rights under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Quebec Charter*"). The appellant further submitted that the respondent Town of Brome Lake was also liable because the municipality's officials knew or ought to have known about the conduct of the other two respondents and it did nothing to dismiss or reprimand them or ensure that the fundamental rights of arrested persons were respected.

The appellant asked that all the respondents be ordered jointly and severally to pay \$300,000 in compensatory damages and \$100,000 in exemplary damages.

On February 21, 1990, Boily J. of the Superior Court dismissed the action on the basis that it was prescribed. On October 4, 1995, the Court of Appeal unanimously affirmed Boily J.'s decision and dismissed the appeal. The appellant applied to this Court for leave to appeal, which was granted on October 3, 1996, [1996] 3 S.C.R. viii. The Town of Brome Lake was the only respondent heard by the Court. The respondents Beaumont and Thireault did not make an appearance at any point during this appeal, even though they had been duly notified of the appeal.

II. Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are as follows:

Le 31 mars 1988, Gauthier s'est adressé à ses procureurs qui l'assistent maintenant afin d'obtenir compensation pour les sévices subis.

L'appelant décide d'intenter son action en dommages-intérêts contre les intimés le 31 mars 1988, mais celle-ci ne leur est signifiée que le 3 mai 1988. Il allègue dans sa déclaration amendée que les intimés Beaumont et Thireault sont responsables de ses dommages puisqu'ils ont volontairement et intentionnellement commis une faute au sens de l'art. 1053 du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.») et qu'ils ont porté atteinte à ses droits prévus par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la «*Charte québécoise*»). L'appelant soumet au surplus que l'intimée Ville de Lac Brôme est aussi responsable parce que les dirigeants de la municipalité connaissaient ou auraient dû connaître la conduite des deux autres intimés, qu'elle n'a rien fait pour les congédier, les réprimander ou pour voir à ce que les droits fondamentaux des personnes arrêtées soient respectés.

L'appelant demande que tous les intimés soient condamnés solidairement à payer la somme de 300 000 \$ à titre de dommages compensatoires et 100 000 \$ à titre de dommages exemplaires.

Le 21 février 1990, le juge Boily de la Cour supérieure rejette l'action au motif qu'elle est prescrite. Le 4 octobre 1995, la Cour d'appel confirme à l'unanimité la décision du juge Boily et rejette le pourvoi. L'appelant présente devant cette Cour une demande d'autorisation de pourvoi qui lui est accordée le 3 octobre 1996, [1996] 3 R.C.S. viii. Ville de Lac Brôme fut la seule partie intimée entendue devant nous. Les intimés Beaumont et Thireault ne se sont manifestés à aucune étape du présent appel, bien que dûment avisés du pourvoi.

II. Dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

36

37

38

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19

586. Every action, suit or claim against the municipality or any of its officers or employees, for damages resulting from offences or quasi-offences, or illegalities, shall be prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued, any provision of law to the contrary notwithstanding.

Civil Code of Lower Canada

1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

1054. . . .

Masters and employers are responsible for the damage caused by their servants and workmen in the performance of the work for which they are employed.

1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate.

2232. Prescription runs against all persons, unless they are included in some exception established by this code, or unless it is absolutely impossible for them in law or in fact to act by themselves or to be represented by others.

Saving what is declared in article 2269, prescription does not run, even in favor of subsequent purchasers, against those who are not born, nor against minors or persons of full age who are unable to give consent, with or without tutors or curators.

Prescription runs against absentees as against persons present and by the same lapse of time, saving what is declared as to persons authorized to take provisional possession of the estate of an absentee.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19

586. Toute action, poursuite ou réclamation contre la municipalité ou l'un de ses fonctionnaires ou employés, pour dommages résultant de délits, de quasi-délits ou d'illégalités, est prescrite par six mois à partir du jour où le droit d'action a pris naissance, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire.

Code civil du Bas Canada

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

1054. . . .

Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés.

1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délict porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

2232. La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par ce code, ou dans l'impossibilité absolue en droit ou en fait d'agir par elles-mêmes ou en se faisant représenter par d'autres.

Sauf ce qui est dit à l'article 2269, la prescription ne court pas, même en faveur des tiers acquéreurs, contre ceux qui ne sont pas nés, ni contre les mineurs ou les majeurs inaptes à consentir, pourvus ou non d'un tuteur ou d'un curateur.

La prescription court contre les absents comme contre les présents et par le même temps, sauf ce qui est déclaré quant à l'envoyé en possession.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

He also possesses juridical personality.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

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.

III. Judicial History

A. *Superior Court*

Boily J. noted that an absolute impossibility to act is an inability in fact that is to be assessed by the court, and that the test laid down by the Superior Court in *Semmelaack v. Ferguson* (1941), 48 R.L. 163, at pp. 166-67, is still valid today:

[TRANSLATION] [A]n inability in law or in fact to act is absolute where the person against whom prescription ran was in a position equivalent to superior force and no amount of diligence on his part would have allowed him to interrupt it. . . .

Boily J. considered the opinion of the appellant's psychiatric expert and concluded that it was corroborated by that of the respondent's psychiatric expert. Both experts were of the view that the appellant had gone through several stages of post-traumatic neurosis as a result of which he was psychologically incapable of taking legal action against his assailants until March 1988.

Despite this uncontradicted evidence, Boily J. stated

[TRANSLATION] [that a] distinction must be made between an ability that includes the courage to initiate proceedings, and absolute impossibility. Both experts are of the view that Gauthier lacked this courage and was unable to initiate proceedings, and that it was highly or likely or "practically impossible" for him to act.

Both experts are categorical regarding the first six months after the incident. They are much less so con-

Il possède également la personnalité juridique.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

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.

III. Jugements dont appel

A. *Cour supérieure*

Le juge Boily souligne que l'impossibilité absolue d'agir est une incapacité de fait laissée à l'appréciation du tribunal et que le critère exprimé par la Cour supérieure dans la décision *Semmelaack c. Ferguson* (1941), 48 R.L. 163, aux pp. 166 et 167; est toujours valable aujourd'hui:

[L]'incapacité en droit ou en fait d'agir est absolue lorsque la personne contre laquelle la prescription courait s'est trouvée dans une position équivalente à la force majeure et qu'aucune diligence de sa part ne pouvait lui permettre de l'interrompre . . .

Le juge a examiné l'opinion de l'expert-psychiatre de l'appellant et a déterminé qu'elle était corroborée par celle de l'expert-psychiatre de l'intimée. Les deux experts sont d'avis que l'appellant a passé par plusieurs stades de névrose post-traumatique qui l'ont rendu psychologiquement incapable de prendre des procédures judiciaires contre ses agresseurs jusqu'au mois de mars 1988.

Malgré cette preuve non contredite, le juge Boily soutient

[qu'il] faut faire une distinction entre la capacité qui comprend le courage d'initier des procédures et l'impossibilité absolue. Les deux experts sont d'avis que Gauthier ne possédait pas ce courage, ne pouvait initier les procédures, et qu'il lui était fortement ou vraisemblablement ou [TRADUCTION] «pratiquement impossible» pour lui d'agir.

Les deux experts sont catégoriques en ce qui concerne les premiers six mois de l'événement. Ils sont

39

40

41

cerning the subsequent period. Dr. Vacaflor [the respondent's psychiatric expert] stated the following:

“C) Unable for the 6 years following the night of March the first to gather the necessary psychological strength to initiate legal charges against the policemen and the local police.”

Dr. Béliveau [the appellant's psychiatric expert] stated the following:

“He subsequently continued to show the symptomatology of a state of subacute post-traumatic stress, and in particular of phobias that in all probability prevented him from taking any action against the persons who assaulted him in March 1982 until March 1988.”

The rules on prescription are rules of public order. The social order depends on them. The court cannot out of sympathy — however strong it may be — or daring give them an interpretation they cannot bear. The burden of proving absolute impossibility lies with the person relying on it.

In the present case, the plaintiff has not satisfied the court that it was indeed absolutely impossible for him to act throughout this lengthy period. While it probably was for a certain period, it is hard to believe that it was totally impossible for him to act thereafter, especially at the time of the Police Commission's inquiry, when he was under police protection and pleaded guilty to a charge against him.

Furthermore, as Dr. Béliveau mentioned, the chronic period could have been avoided had the plaintiff consulted a specialist. For prescription to be suspended, the impossibility must be equivalent to superior force, that is, a case that human vigilance and ingenuity can neither anticipate nor prevent.

(Sup. Ct. Bedford, No. 455-05-000059-886, February 21, 1990, J.E. 90-871, at pp. 16-18 of the full text.)

42

Being of the view that the appellant had not been sufficiently diligent during the six years following the assault and that the court should not let itself be carried away by fairness in creating [TRANSLATION] “an imaginary suspension, proportionate to the seriousness of the assault on the plaintiff” (p. 18), Boily J. declared the appellant's

beaucoup plus nuancés en ce qui concerne la période qui a suivi. Le docteur Vacaflor [expert-psychiatre de l'intimée] décrit ainsi:

[TRANSLATION] «C) Incapable pendant les six années qui ont suivi la nuit du 1^{er} mars de trouver la force psychologique nécessaire pour tenter des poursuites judiciaires contre les policiers et la police locale.»

Le docteur Béliveau [expert-psychiatre de l'appellant] s'exprime ainsi:

«Il a continué à présenter par la suite une symptomatologie d'état de stress post-traumatique sub-aigu et en particulier des phobies qui l'ont fort vraisemblablement empêché de prendre quelque action à l'endroit des personnes qui l'avaient agressé en mars 1982, et ce jusqu'en mars 1988.»

Les règles de prescription sont d'ordre public. L'ordre social en dépend. Le tribunal ne peut par sympathie, si forte soit-elle, ou par hardiesse, leur donner une interprétation qu'elles ne commandent point. Le fardeau de démontrer l'impossibilité absolue repose sur celui qui l'invoque.

Dans cette affaire, le demandeur n'a pas convaincu le tribunal qu'il était véritablement durant toute cette longue période dans un état d'impossibilité absolue. En effet, il est vraisemblable qu'il l'ait été pour une certaine période, mais par la suite, surtout lors de l'enquête de la Commission de police, alors qu'il était sous la protection de la police et qu'il a plaidé coupable à une accusation portée contre lui, il est difficile de croire à une impossibilité totale.

Au surplus, comme le mentionne le docteur Béliveau, si le demandeur avait consulté, la période chronique aurait pu être évitée. Il faut pour que la prescription soit suspendue que l'impossibilité équivaille à une force majeure, c'est-à-dire un cas dont (*sic*) la vigilance et l'industrie humaine ne peut ni prévoir, ni empêcher.

(C.S. Bedford, n° 455-05-000059-886, 21 février 1990, J.E. 90-871, aux pp. 16 à 18 du texte intégral.)

Estimant que l'appellant n'avait pas été assez diligent au cours des six années suivant l'agression et que le tribunal ne devait pas se laisser entraîner par l'équité en créant «une suspension imaginaire, proportionnelle à la gravité de l'agression subie par le demandeur» (p. 18), le juge Boily déclare l'action de l'appellant prescrite en regard de la

action to be prescribed in light of the six-month extinctive prescription provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act*.

Boily J. then considered the appellant's argument that the 30-year prescription of the *Civil Code of Lower Canada* applied to his action founded on the *Quebec Charter*. There was no question in Boily J.'s mind that certain of the appellant's fundamental rights had been interfered with. If those acts of interference are considered to be delicts, however, the short prescription period provided for in the *Cities and Towns Act* should apply, since the *Quebec Charter* specifies no other period.

B. *Court of Appeal*, [1996] R.D.J. 126

In the view of Michaud C.J.Q., with whom Proulx J.A. and Trudel J. (*ad hoc*) concurred, Boily J.'s conclusion was correct. He considered (at pp. 131-32) that it

[TRANSLATION] was not absolutely impossible [for the appellant] to initiate legal proceedings against the respondent police officers and municipality once he had testified against them in 1985 at the inquiry of the Comité de déontologie policière and in 1986 at the preliminary inquiry. . . . If the appellant was capable of so testifying, it was clearly possible for him to initiate the appropriate proceedings against the respondents at the latest after the respondents' preliminary inquiry in 1986. Even if this last event were taken as the starting point, his action was prescribed long before he brought it. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal concluded by stating that it considered Boily J.'s reasoning on the extinctive prescription applicable to an action founded on the *Quebec Charter* to be entirely consistent with the applicable law.

IV. Issues

This appeal raises the following issues:

- A. Is the appellant's action prescribed?
- B. If not:
 1. are the respondents liable for the damage sustained by the appellant?

prescription extinctive de six mois prévue à l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*.

Le juge Boily examine ensuite l'argument de l'appelant selon lequel la prescription trentenaire du *Code civil du Bas Canada* s'applique à son recours fondé sur la *Charte québécoise*. Dans l'esprit du juge, il ne fait nul doute qu'il y a eu atteinte à certains droits fondamentaux de l'appelant. Toutefois, si ces atteintes sont considérées comme des délits, la courte prescription prévue à la *Loi sur les cités et villes* devrait s'appliquer puisque la *Charte québécoise* ne prévoit aucun autre délai spécifique.

B. *Cour d'appel*, [1996] R.D.J. 126

Le juge en chef Michaud, à l'opinion duquel ont souscrit les juges Proulx et Trudel (*ad hoc*), estime que le juge Boily a eu raison de conclure comme il l'a fait. Il estime (aux pp. 131 et 132) que l'appelant

n'était pas dans l'impossibilité absolue d'intenter des procédures judiciaires contre les policiers et la municipalité intimés dès après qu'il eut témoigné contre eux en 1985 lors d'une enquête du Comité de déontologie policière, et en 1986 lors de l'enquête préliminaire. [. . .] Si l'appelant a été capable de témoigner tel que susdit, il lui était sans doute possible d'intenter les procédures appropriées contre les intimés au plus tard après l'enquête préliminaire de ces derniers en 1986. Même en retenant ce dernier événement comme point de départ, son action était prescrite depuis longtemps quand il l'a initiée. [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel juge enfin que le raisonnement du juge Boily quant à la prescription extinctive applicable à un recours fondé sur la *Charte québécoise* lui paraît tout à fait conforme au droit applicable.

IV. Questions en litige

Les questions en litige sont les suivantes:

- A. Le recours de l'appelant est-il prescrit?
- B. Si le recours de l'appelant n'est pas prescrit:
 1. les intimés sont-ils responsables des dommages subis par l'appelant?

43

44

45

46

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 2. what is the quantum of the damages to be awarded to the appellant? 3. should exemplary damages be awarded under the second paragraph of s. 49 of the <i>Quebec Charter</i>, and if so, what is the quantum thereof? 4. if applicable, when do the interest at the legal rate and the additional indemnity provided for in art. 1056c <i>C.C.L.C.</i> begin to run? 5. should extrajudicial costs be awarded? | <ol style="list-style-type: none"> 2. quel est le quantum des dommages subis par l'appelant? 3. y a-t-il lieu à l'octroi de dommages exemplaires en vertu du deuxième alinéa de l'art. 49 de la <i>Charte québécoise</i> et le cas échéant, quel est le quantum? 4. le cas échéant, quand l'intérêt au taux légal et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c <i>C.c.B.C.</i> commencent-ils à courir? 5. y a-t-il lieu d'accorder des dépens extrajudiciaires? |
|--|--|

V. Analysis

A. *Is the Appellant's Action Prescribed?*

1. Introduction

47 Even though the cause of action arose the night of March 1 to 2, 1982 and the action was brought on May 3, 1988, the appellant submits that his action against the respondents is not prescribed, since it was absolutely impossible for him in fact to act until March 1988 because the respondents Beaumont and Thireault had caused him to fear for his life and the lives of his family. He argues that his absolute impossibility in fact to act suspended the six-month prescription provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act* which was applicable in this case.

2. Suspension of Prescription

48 Cases of suspension of prescription, including those based on an absolute impossibility in fact to act, are exceptions to the rule set out in the first paragraph of art. 2232 *C.C.L.C.*: prescription runs against all persons. Prescription is a concept essential to the civil law whose rationale lies in practical utility and social interest. As Mazeaud wrote, [TRANSLATION] "[i]t is in the interest of public order for obligations to be eliminated after the creditor fails to act for a long period." (H., L. and J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 8th ed., by F. Chabas, 1991, at p. 1206.) Prescription appears as an institution designed to introduce security into legal relations by mitigating the consequences of time's

V. Analyse

A. *Le recours de l'appelant est-il prescrit?*

1. Introduction

Malgré que la cause d'action soit survenue dans la nuit du 1^{er} au 2 mars 1982 et que l'action ait été intentée le 3 mai 1988, l'appelant prétend que son recours contre les intimés n'est pas prescrit car il était jusqu'au mois de mars 1988 dans l'impossibilité absolue en fait d'agir en raison de la crainte pour sa vie et celle des siens inspirée par les intimés Beaumont et Thireault. Cette impossibilité absolue en fait d'agir aurait ainsi suspendu le cours de la prescription de six mois prévue à l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes* applicable en l'espèce.

2. Suspension de la prescription

Les cas de suspension de la prescription, et notamment l'impossibilité absolue en fait d'agir, sont des exceptions au principe qu'énonce le premier alinéa de l'art. 2232 *C.c.B.C.*: la prescription court contre toutes personnes. La prescription est un concept essentiel au droit civil qui trouve sa raison d'être dans l'utilité pratique et l'intérêt social. Comme Mazeaud l'indique, «[l']ordre public est intéressé à la disparition des obligations après une longue inaction du créancier.» (H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 8^e éd., par F. Chabas, 1991, à la p. 1206.) La prescription apparaît comme une institution destinée à introduire la sécurité dans les relations juridiques en atténuant

erosive effect on memory and on the value of evidence, and by encouraging creditors to act diligently. Lamer J. (as he then was) wrote the following in *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113, at p. 126, where he was dealing specifically with time limits other than those of pure prescription:

... care must be taken not to relax the computing of deadlines, substantive as well as procedural, to the point that they become almost inoperative, for such clauses serve the ends of justice as they are designed to provide special protection for certain rights which under certain conditions the legislator wishes to give priority, be that to the detriment of the rights of others, by providing them protection from litigants who act belatedly. . . .

Accordingly, the concept of it being "absolutely impossible . . . in fact to act", provided for in art. 2232 of the *Civil Code*, should not be unduly extended as a basis for a suspension of deadlines.

The appellant relies on one of the causes of suspension of prescription set out in art. 2232 *C.C.L.C.*: that it was absolutely impossible in fact to act. To determine the exact scope of this cause of suspension of prescription, it will be helpful to understand the origins and evolution of this civil law concept.

3. Origin of the Concept of Absolute Impossibility in Fact to Act

In ancient law, the judge-made rule *contra non valentem agere non currit praescriptio* (prescription does not run against a person who has been prevented from acting) was applied very broadly. Under this maxim, judges gave themselves the right to decide whether there was in fact a cause that justified disregarding prescription (H. Roland and L. Boyer, *Adages du droit français* (3rd ed. 1992), at p. 114). Dean Baudry-Lacantinerie and Professor Tissier (*Traité théorique et pratique de droit civil — De la prescription* (3rd ed. 1905)) stated the following concerning this generous application of the maxim (at p. 283):

[TRANSLATION] The first authors to formulate the rule seem to have only had in mind the case of legal impediment. But the authors and the courts were quick to go much further; they extended the rule to every case in

les séquelles liées à l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve et en incitant les créanciers à la diligence. Le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef), dans l'arrêt *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, à la p. 126, alors qu'il traitait spécifiquement de délais autres que de pure prescription, écrit:

... il faut prendre bien garde de ne point relaxer la computation des délais, de déchéance comme de procédure, au point de les rendre presque inopérants, car ces clauses servent la justice et ont pour raison d'être la protection de droits que le législateur a voulu à certaines conditions privilégier, fût-ce au détriment de ceux des autres en les plaçant à l'abri des plaideurs qui se manifestent tardivement . . .

Aussi ne faudrait-il donc pas élargir outre mesure la notion de «l'impossibilité absolue en fait d'agir» que prévoit l'art. 2232 du *Code civil* comme fondement d'une suspension des délais.

L'appelant invoque une des causes de suspension de la prescription énoncées à l'art. 2232 *C.c.B.C.*, soit l'impossibilité absolue en fait d'agir. Pour bien cerner la portée de cette cause de suspension de la prescription, il est utile de comprendre ses origines et de voir l'évolution du droit civil à son égard.

3. Origine de la notion d'impossibilité absolue en fait d'agir

En droit ancien, la règle de droit prétorien *contra non valentem agere non currit praescriptio* (la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir) était très largement appliquée. Sous cet adage, le juge se reconnaissait le droit de décider s'il existait, en fait, une cause justifiant le rejet de la prescription (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français* (3^e éd. 1992), à la p. 114). Le doyen Baudry-Lacantinerie et le professeur Tissier (*Traité théorique et pratique de droit civil — De la prescription* (3^e éd. 1905)) ont commenté cette généreuse application de l'adage (à la p. 283):

Les premiers auteurs qui formulèrent la règle semblent n'avoir eu en vue que le cas d'obstacle légal. Mais la doctrine et la jurisprudence ne tardèrent pas à aller bien plus loin; elles étendirent la règle à tous les cas où

which there seemed to them to be any impediment whatsoever to an action by someone against whom prescription ran: minority, insanity, *dotalité*, condition, term, contingent nature of the right, absence, ignorance, superior force and fortuitous event, and any circumstance considered to prevent the person from acting was also regarded as resulting in the suspension of prescription.

51 The framers of the French *Civil Code* (“C.C.”) did not of course wish to give the courts this much latitude, as can be seen from art. 2251 C.C.:

[TRANSLATION] Prescription runs against all persons, unless they are under some exception established by a law. [Emphasis added.]

Prescription therefore had to be assessed *ex lege* rather than *ex judicio*. The wording of art. 2251 C.C. was clear in this respect. As Dean Baudry-Lacantinerie and Professor Tissier, *supra*, stated (at pp. 283-84):

[TRANSLATION] The framers of the civil code intended article 2251 to put an end to these debates; they did not reproduce the maxim; they intended not to apply it. They were in fact wise to do so; they wished to eliminate an inexhaustible source of disagreement, trials and inextricable difficulties and to prevent a return to abuses that had frequently been noted.

52 The French courts nevertheless interpreted art. 2251 C.C. narrowly, noting that the law dealt only with causes of suspension founded on considerations relating to the person him- or herself. They justified this position by referring to a number of provisions of the French *Civil Code*: [TRANSLATION] “Prescription runs against all persons . . .” (art. 2251 C.C.); “Prescription does not run against non-emancipated minors and adults in guardianship . . .” (art. 2252 C.C.); “. . . between spouses” (art. 2253 C.C.); “. . . against an heir benefitting from inventory” (art. 2258 C.C.). (Emphasis added.) The French courts held that the “exception established by a law” was limitative to this extent only, and that the codifiers, who had said nothing about suspension for causes relating to events rather than to the person, had accordingly not barred judges from deciding that prescription was suspended in light of the circumstances. Thus, re-emerged in French case law the old maxim *contra non valentem agere* (Roland and Boyer, *supra*, at

il leur paraissait qu’il y avait un obstacle quelconque à l’action de celui contre qui courait la prescription: minorité, démence, *dotalité*, condition, terme, caractère éventuel du droit, absence, ignorance, force majeure et cas fortuit, toute circonstance considérée comme empêchant d’agir fut considérée aussi comme entraînant suspension de la prescription.

Les rédacteurs du *Code civil* français («C.C.») ne souhaitaient certes pas laisser une telle latitude aux tribunaux, comme en fait foi l’art. 2251 C.C.:

La prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. [Je souligne.]

Dès lors, la prescription devait s’apprécier *ex lege* et non *ex judicio*. Le libellé de l’art. 2251 C.C. était clair à cet effet. Comme le disent le doyen Baudry-Lacantinerie et le professeur Tissier, *op. cit.*, aux pp. 283 et 284:

Les rédacteurs du code civil, par l’article 2251, ont entendu mettre fin à ces controverses; ils n’ont pas reproduit la maxime; c’est qu’ils ont entendu la repousser. Ajoutons qu’ils ont sagement agi: ils ont voulu supprimer une source intarissable de querelles, de procès et d’inextricables difficultés; ils ont voulu empêcher le retour d’abus souvent signalés.

Malgré cela, les tribunaux français ont interprété l’art. 2251 C.C. de manière restrictive, notant que la loi ne traitait que de causes de suspension fondées sur des considérations relatives à la personne même. Pour appuyer sa position, la jurisprudence cite plusieurs dispositions du *Code civil* français: «La prescription court contre toutes personnes . . .» (art. 2251 C.C.); «La prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle . . .» (art. 2252 C.C.); «. . . entre époux» (art. 2253 C.C.); «. . . contre l’héritier bénéficiaire» (art. 2258 C.C.). (Je souligne.) Par conséquent, les tribunaux français ont jugé que l’«exception établie par une loi» n’était limitative que dans cette mesure seulement et que, par conséquent, le codificateur, n’ayant rien dit de la suspension pour des causes ne tenant pas à la personne mais à des événements, n’avait pas interdit au juge de décider que la prescription, eu égard aux circonstances, avait été suspendue. Ainsi a resurgi dans la jurisprudence française l’ancienne maxime *contra non*

p. 115; *Juris-classeur civil*, arts. 2251-59, fasc. H, by J.-J. Taisne, No. 89; for court decisions, see also F. Terré, P. Simler and Y. Lequette, *Droit civil — Les obligations* (6th ed. 1996), at pp. 1104-5; B. Starck, H. Roland and L. Boyer, *Obligations*, vol. 3, *Régime général* (5th ed. 1995), at p. 173).

The commissioners responsible for the drafting of the *Civil Code of Lower Canada* were aware of this re-emergence of the maxim in French law, with the result that the concept of impossibility to act as a cause of suspension of prescription was codified in the first paragraph of art. 64 of Title Nineteenth of Book Third of the draft *Civil Code of Lower Canada*:

64. Prescription runs against all persons, unless they be specially exempt according to law or the established jurisprudence, or that they are unable to act.

(Third Report of the Commissioners appointed to codify the Laws of Lower Canada in civil matters (1865), at p. 531.)

The commissioners stated the following with respect to this provision:

Article 64 declares, as a general principle, that prescription runs against all persons, unless there be an acknowledged exception or impossibility of acting. This last modification is the reproduction of the well known rule *contra non valentem agere non currit praescriptio*. It is remarkable that it is not textually inserted in the French code, although it is the basis of all its particular provisions, and has an extensive application to many other cases which do not result from the natural or legal state of the parties concerned. There was no doubt some apprehension of the too great extent which commentators gave under the ancient law to the rule of impossibility and of the distinctions to which it might have led. [Emphasis added.]

(Third Report of the Commissioners, *supra*, at p. 425.)

The commissioners had originally intended to include impossibility to act as a cause of suspension. Like the framers of the French *Civil Code*, they were aware of the risk that the role of prescription would be too limited were so general a

valentem agere (Roland et Boyer, *op. cit.*, à la p. 115; *Juris-classeur civil*, art. 2251 à 2259, fasc. H, par J.-J. Taisne, n° 89; pour jurisprudence, voir aussi F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil — Les obligations* (6^e éd. 1996), aux pp. 1104 et 1105; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 3, *Régime général* (5^e éd. 1995), à la p. 173).

Cette résurgence de la maxime en droit français était connue des commissaires chargés de la rédaction du *Code civil du Bas Canada*, tant et si bien que la notion d'impossibilité d'agir comme cause de suspension de la prescription fut codifiée au premier alinéa de l'art. 64 du titre dix-neuvième du troisième livre du projet de *Code civil du Bas Canada*:

64. La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles n'en soient spécialement exemptées d'après la loi ou la jurisprudence établie, ou qu'elles ne soient dans l'impossibilité d'agir.

(Troisième rapport des Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles (1865), à la p. 530.)

Les commissaires commentent ainsi cette disposition:

L'article 64 déclare en principe général que la prescription court contre toutes personnes, à moins d'une exception reconnue ou d'une impossibilité d'agir. Cette dernière modification est la reproduction de l'adage célèbre: *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Il est remarquable qu'il ne soit pas consigné textuellement dans le code français, quoiqu'il soit la base même de toutes les dispositions particulières, et qu'il conserve une application étendue à beaucoup d'autres cas qui ne résultent pas de l'état naturel ou légal des personnes concernées. L'on craignait sans doute la trop grande étendue que les commentateurs donnaient sous l'ancien droit à la règle d'impossibilité, et les distinctions où l'on aurait été conduit. [Je souligne.]

(Troisième rapport des Commissaires, *op. cit.*, à la p. 424.)

Les commissaires avaient pris comme position initiale d'inclure l'impossibilité d'agir comme cause de suspension. À la lumière de l'exemple français, ils ont été sensibles au risque que la prescription ait un rôle trop effacé par l'effet de l'introduction

cause of suspension to be introduced. They therefore proposed the present version of art. 2232 C.C.L.C., electing to retain the rule of the ancient law, while limiting its scope in order to avoid the abuses to which it had given rise:

Under similar views, the Commissioners have thought advisable by the amendment 64a [art. 2232] at once to preserve the rule [of impossibility] and to restrict it in so far as was necessary to simplicity in its provisions and to its adaptation to the present state of intercourse between nations and countries which have been drawn nearer by the increased facilities of communication. For these reasons it is suggested that the impossibility ought to be absolute in fact or in law, excluding the means of acting by intermediate agent. It is also there stated that the exceptions under the law, which are not at the same time founded on the impossibility to act thus limited, will be found specified in the code, which will thus make the rule more certain and appears devoid of any danger.

(Third Report of the Commissioners, *supra*, at p. 425; see also P. Martineau, *La prescription* (1977), at para. 214, at p. 216.)

Thus, it appears that absolute impossibility in fact to act has always been expressly included among the causes of suspension of prescription recognized by the *Civil Code of Lower Canada*.

54 This concept has traditionally been interpreted narrowly and objectively in Quebec civil law. In *Semmelaack v. Ferguson*, *supra*, at pp. 166-67, Forest J. wrote the following:

[TRANSLATION] [A]n inability in law or in fact to act is absolute where the person against whom prescription ran was in a position equivalent to superior force and no amount of diligence on his part would have allowed him to interrupt it. . . .

Forest J. equated impossibility to act with superior force and gave an objective interpretation of how impossibility to act affects the person against whom prescription runs.

55 The subsequent cases focused on the absolute-ness of the impossibility. For example in *Procureur général du Québec v. Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord*, [1979] C.S. 216 (reversed by the Court of Appeal on other grounds, November 14, 1983, C.A. Mtl., No.

d'une telle cause générale de suspension. Ils ont donc proposé la version actuelle de l'art. 2232 C.c.B.C., choisissant de conserver la règle de l'ancien droit tout en circonscrivant sa portée afin d'éviter les abus auxquels elle avait donné lieu:

D'après des vues identiques, les Commissaires ont cru à la fois, par l'amendement marqué 64a [art. 2232], devoir conserver l'exposition de la règle [d'impossibilité], et la restreindre à ce qui était requis pour la simplicité dans la disposition, comme eu égard au rapprochement entre les peuples et les lieux par la facilité des communications. C'est pourquoi l'on y suggère que l'impossibilité devrait être absolue en fait ou en droit et exclure les moyens d'agir par intermédiaire. L'on y établit aussi que les exemptions venant de la loi, qui ne sont pas en même temps fondées sur l'impossibilité d'agir ainsi limitée, devront se trouver consignées au code, ce qui rend la règle plus sûre et ne paraît offrir aucun danger.

(Troisième rapport des Commissaires, *op. cit.*, à la p. 424; voir aussi P. Martineau, *La prescription* (1977), au par. 214, à la p. 216.)

Ainsi, il appert que l'impossibilité absolue en fait d'agir a toujours expressément fait partie des causes de suspension de la prescription reconnue par le *Code civil du Bas Canada*.

Historiquement, cette notion a fait l'objet d'une appréciation étroite et objective en droit civil québécois. Dans l'affaire *Semmelaack c. Ferguson*, précitée, aux pp. 166 et 167, le juge Forest écrivait:

[L]incapacité en droit ou en fait d'agir est absolue lorsque la personne contre laquelle la prescription courait s'est trouvée dans une position équivalente à la force majeure et qu'aucune diligence de sa part ne pouvait lui permettre de l'interrompre. . . .

Le juge Forest a assimilé l'impossibilité d'agir à la force majeure et apprécié objectivement l'effet de l'impossibilité d'agir sur la personne contre laquelle court la prescription.

La jurisprudence qui a suivi a souligné le caractère absolu de l'impossibilité. Ce fut le cas dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord*, [1979] C.S. 216 (jugement infirmé par la Cour d'appel pour d'autres motifs, 14 novembre 1983,

500-09-000291-799, J.E. 83-1142), Gratton J. stated, at p. 226:

[TRANSLATION] The codifiers added to article 2232 C.C. which drew upon art. 2251 C.N. the words "or unless it is absolutely impossible for them in law or in fact to act". I stressed the word "absolutely" at the outset because it must be given its ordinary meaning of "allowing for no restriction, alleviation or exception" (Larousse); if the legislature included it in the article, it intended to say something, and the article has been interpreted accordingly. This does not mean that no cases can exist. Two examples would be a kidnap victim who is confined indefinitely or an accident victim who lies in a coma for a long period.

According to Mignault and Rodys, kidnapping was in practice the only example of absolute impossibility to act (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, 1916, at p. 452; *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, by W. Rodys, 1958, at p. 195).

Is so narrow an interpretation of impossibility to act justified? The addition of the modifier "absolutely" to the words "impossible in fact to act" should not be interpreted as showing an intention to minimize the scope of this cause of suspension of prescription. Unlike their French counterparts, the codifiers of the *Civil Code of Lower Canada* expressly established absolute impossibility in fact to act as a cause of suspension of prescription in art. 2232 C.C.L.C. It is therefore unnecessary to rely on the French courts' ingenious interpretation of art. 2251 C.C. in order to include absolute impossibility in fact to act as a cause of suspension of prescription in Quebec civil law. This cause of suspension must be interpreted in a manner consistent with the codifiers' intention and with the importance of the institution of prescription for public order and the security of legal relations. In *La prescription, supra*, at p. 353, Professor Martineau described the purpose of art. 2232 C.C.L.C. as follows:

[TRANSLATION] 343 — *Impossibility in fact* — The first paragraph of article 2232 C.C. states that prescription does not run against persons for whom it is "abso-

C.A. Mtl., n° 500-09-000291-799, J.E. 83-1142), où le juge Gratton déclare, à la p. 226:

Les codificateurs ont ajouté à l'article 2232 C.C., tiré de 2251 C.N., les mots «ou dans l'impossibilité absolue en droit ou en fait d'agir». J'ai souligné le mot «absolue» au début car il faut lui donner son sens habituel: «qui ne comporte aucune restriction, aucune atténuation, ni aucune exception» (Larousse) et si le Législateur l'a incorporé à l'article, c'est qu'il a voulu dire quelque chose et qu'on l'interpréta en conséquence. Je ne dis pas qu'aucun cas ne puisse exister. Il y aurait bien la situation de celui qui, sujet d'un enlèvement, est claustré pour une période indéfinie, ou celle de la victime d'un accident qui demeure comateux pour un temps fort long.

Mignault et Rodys ont pour leur part affirmé que l'enlèvement constituait la seule application pratique de l'impossibilité absolue d'agir (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, 1916, à la p. 452; *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, par W. Rodys, 1958, à la p. 195).

Or une interprétation aussi étroite de l'impossibilité d'agir est-elle justifiée? Il ne faudrait pas voir dans l'introduction du qualificatif «absolue» dans la notion d'impossibilité d'agir en fait la volonté de minimiser l'effet de cette cause de suspension de la prescription. Les codificateurs du *Code civil du Bas Canada*, contrairement à leurs homologues français, ont expressément prévu l'impossibilité absolue d'agir en fait comme cause de suspension de la prescription à l'art. 2232 C.c.B.C. Il n'est donc pas nécessaire de se fonder sur une lecture ingénieuse faite par la jurisprudence française de l'art. 2251 C.C. afin d'inclure l'impossibilité absolue en fait d'agir comme cause de suspension de la prescription en droit civil québécois. Il faut donner à cette cause de suspension une interprétation qui corresponde à l'intention des codificateurs, tout en tenant compte de l'importance de l'institution de la prescription pour l'ordre public et la sécurité des rapports juridiques. Dans son ouvrage *La prescription, op. cit.*, à la p. 353, le professeur Martineau énonce l'objet de l'art. 2232 C.c.B.C.:

343 — *Impossibilité en fait* — Le premier alinéa de l'article 2232 C.C. énonce que la prescription ne court pas contre les personnes qui sont «dans l'impossibilité

lutely impossible . . . in law or in fact to act by themselves or to be represented by others”.

This is the *contra non valentem agere non currit praescriptio* rule. [Emphasis added.]

Professor Martineau appears to have felt that the modifier “absolutely” does not limit the application of the impossibility in fact to act concept to extreme cases, as was suggested by Mignault and Rodys, among others. Nowhere in the parts of his book where he discussed absolute impossibility in fact to act did he refer to superior force as a prerequisite to this cause of suspension (see Martineau, *supra*, at pp. 215-19 and 353-55). As Langelier stated, [TRANSLATION] “[t]he word *absolute* ordinarily means something that applies to everyone, but that is not what it means here, since in that case the rule in our article would be meaningless” (F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 6, 1911, at p. 486 (emphasis in original)).

57 In *Beaubien v. Laframboise* (1925), 40 B.R. 194, at p. 197, Dorion J.A. of the Court of Queen’s Bench in turn qualified the use of the term absolute:

[TRANSLATION] In their report, the Quebec codifiers stated that the impossibility is absolute; it is nevertheless necessary to stay with what can occur in practice and give the word “impossible”, which is unambiguous, its ordinary meaning.

58 The notion of absolute impossibility in fact to act thus does not depend exclusively on superior force for its definition. What sources will it therefore draw on? An analysis of both French and Quebec law is required.

4. Absolute Impossibility in Fact to Act

(a) *In French Civil Law*

(i) Broadening of the Concept

59 In the formulation frequently reproduced by the *Cour de cassation*, prescription does not run against a person for whom it is absolutely impossible to act owing to some impediment resulting from superior force (for relevant cases, see *Juris-*

absolue en droit et en fait d’agir par elles-mêmes ou en se faisant représenter par d’autres».

C’est la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*. [Je souligne.]

Il semble pour le professeur Martineau que le qualificatif «absolue» n’ait pas eu pour effet de limiter l’application de la notion d’impossibilité en fait d’agir à des cas extrêmes comme l’ont prétendu notamment Mignault et Rodys. Nulle part dans les sections de son ouvrage où il traite de l’impossibilité absolue en fait d’agir ne fait-il allusion à la force majeure comme prérequis à cette cause de suspension (voir Martineau, *op. cit.*, aux pp. 215 à 219 et 353 à 355). Comme le dit Langelier, «[o]rдинаirement le mot *absolu* veut dire quelque chose qui existe pour tout le monde, mais ce n’est point en ce sens que le mot est pris ici, car alors, la règle de notre article ne voudrait rien dire» (F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 6, 1911, à la p. 486 (en italique dans l’original)).

Dans l’affaire *Beaubien c. Laframboise* (1925), 40 B.R. 194, le juge Dorion, de la Cour du Banc du Roi, a à son tour tempéré l’utilisation du terme absolue, à la p. 197:

Nos codificateurs, dans leur rapport disent qu’il s’agit d’impossibilité absolue; mais encore faut-il rester dans l’ordre des choses pratiques, et prendre le mot «impossibilité», qui est sans équivoque, dans son sens ordinaire.

La notion de l’impossibilité absolue en fait d’agir ne dépend donc pas exclusivement de la force majeure pour sa définition. À quelles sources va-t-elle alors puiser? Une analyse en droit français et en droit québécois s’impose donc.

4. L’impossibilité absolue en fait d’agir

a) *En droit civil français*

(i) Élargissement de la notion

Selon la formule fréquemment reproduite par la Cour de cassation, la prescription ne court pas contre celui qui est dans l’impossibilité absolue d’agir par suite d’un empêchement quelconque résultant de la force majeure (pour la jurisprudence, voir

classeur civil, arts. 2251-59, *supra*, No. 89; Terré, Simler and Lequette, *supra*, at pp. 1104-5). However, this general formulation is ambiguous. In a brilliant comparative analysis, Dean Carbonnier pointed out that the impossibility to act rule was not perfectly consistent with the general theory of superior force, as it was sometimes broader and sometimes narrower in scope (J. Carbonnier, "La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*" (1937), 57 *Rev. crit. lég. et jur.* 155). The impossibility to act concept has proved once again to be an equitable remedy, although this time the French courts have used it with far more circumspection (Carbonnier, *supra*, at p. 182).

The fact that the impossibility to act concept is distinct from that of superior force has allowed the scope of the former to be defined more broadly.

Thus, an insane woman who was institutionalized but not interdicted, and therefore not covered by the causes of suspension set out in the French *Civil Code*, applied for a disability pension 13 years after ceasing all salaried employment because she had been committed to a psychiatric institution. This was well beyond the short time limit for applying for benefits under the French *Code de sécurité sociale*. The delay could be attributed to the plaintiff's mental state. The *Cour de cassation* ruled in favour of the plaintiff, held that the action was not prescribed and stated:

[TRANSLATION] Whereas the appeal alleges that the judgment erred in allowing this action brought after the expiry of the time provided for in art. 308 of the *Code de sécurité sociale* (art. 53 of the order of October 19, 1945) when there was an administrator of M.'s property, and whereas the aforementioned time was not subject to suspension; — But whereas prescription does not run against a person for whom it is absolutely impossible to act; — And whereas it can be seen from the judgment that M. had received no medical insurance benefits during the period in question, since her mental state made it impossible to determine her rights under the social security legislation, that it was not certain she did qualify for social assistance until September 1959, when after her condition improved she was able to provide the necessary specific information, and that it was thus

Juris-classeur civil, art. 2251 à 2259, *op. cit.*, n° 89; Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, aux pp. 1104 et 1105). Cette formule générale est toutefois ambiguë. Dans une brillante analyse comparative, le doyen Carbonnier faisait remarquer que la règle de l'impossibilité d'agir ne coïncidait pas parfaitement avec la théorie générale de la force majeure, étant parfois plus large, ou plus étroite (J. Carbonnier, «La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*» (1937), 57 *Rev. crit. lég. et jur.* 155). La notion de l'impossibilité d'agir s'est avérée à nouveau être un remède d'équité, dont les tribunaux français cette fois ont usé avec beaucoup plus de circonspection (Carbonnier, *loc. cit.*, à la p. 182).

Cette autonomie conceptuelle de l'impossibilité d'agir vis-à-vis la notion de force majeure a permis à l'impossibilité d'agir de voir son champ d'application délimité plus largement.

Ainsi une aliénée internée mais non interdite, donc non couverte par les causes de suspension prévues par le *Code civil* français, fit une demande de pension d'invalidité 13 ans après avoir cessé toute activité salariée en raison de son internement en institution psychiatrique. Le délai allait bien au-delà du court délai prévu par le *Code de sécurité sociale* français pour effectuer une demande de prestation. Le retard était attribuable à l'état mental de la demanderesse. La Cour de cassation donna raison à la demanderesse, jugea le recours non prescrit et déclara:

Attendu que le pourvoi fait grief à l'arrêt d'avoir fait droit à cette demande formée après l'expiration du délai prévu à l'art. 308 c. sécur. soc. (art. 53 de l'ordonnance du 19 oct. 1945) alors qu'il existait un administrateur des biens de demoiselle M... , et que le délai susvisé ne serait pas susceptible de suspension; — Mais attendu que la prescription ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir; — Et attendu que l'arrêt relève que demoiselle M... n'avait bénéficié, durant la période considérée, d'aucune prestation de l'assurance maladie, son état mental étant tel qu'il n'avait pas été possible de déterminer ses droits au regard de la législation de sécurité sociale, que la certitude qu'elle possédait bien la qualité d'assurée sociale n'avait été acquise qu'en septembre 1959, époque à laquelle, à la suite de l'amélioration de son état, elle

60

61

established that she was not able to assert her rights at any time before the expiry of the statutory period subsequent to the certification of her disability; — Whereas the triers of fact found in light of this certification that the plaintiff in the instant case was properly relying on superior force and that the provisions at issue in the appeal were inapplicable;

For these reasons, dismisses the appeal. [Emphasis added.]

(Cass., 2^e Ch. civ., 10 February 1966, D.1967.315)

According to Prévault, who wrote the commentary on this decision, the prescription of the action was suspended owing to the creditor's mental state, which was a factual state beyond her control. It was necessary to link the person's inability to act to a fact beyond her control in light of the position taken by the French courts that there are no exceptions to the basic principle in art. 2251 C.C. other than the causes provided for by law, where the cause of suspension relates to the person of the individual who raises it. The commentator noted that the law does not protect insane inmates who are not interdicted against the prescription of rights that they should have asserted in time:

[TRANSLATION] It can therefore be concluded that the short prescription periods also run against insane inmates. This rule is of course unjust (Baudry-Lacantinerie (*Traité théor. et prat. de droit civil*, t. 28, n^o 424) wrote "it is strange, as this is in fact a situation in which the need for suspension is most strongly felt, since prescription is especially threatening in that it is shorter . . ."); but it is inescapable. . . . Although consistent with the letter of the law, this solution was nevertheless criticized . . . ; short prescription periods are based on a presumption of payment, but if it was impossible for the creditor to bring an action for a certain period, the presumption based on his or her failure to act collapses. . . . In light of the rigidity of the rules of prescription, an exegetic interpretation of the provisions lead to the denial of all protection to an insane inmate who is not interdicted.

The maxim "*contra non valentem agere . . .*" should play the role of a rule of equity in favour of legally incapable persons, especially those whose interests the legis-

avait pu fournir les renseignements précis nécessaires et qu'il était ainsi établi qu'avant l'expiration du délai légal ayant suivi la constatation de l'état d'invalidité, ladite demoiselle n'avait été, à aucun moment, capable de faire valoir ses droits; — Attendu qu'en l'état de ces constatations, les juges du fond ont pu décider que le demandeur à l'instance invoquait à juste titre un cas de force majeure et écarter l'application des dispositions du texte visé par le pourvoi;

Par ces motifs, rejette. [Je souligne.]

(Cass., 2^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315)

Le commentateur de cet arrêt, Prévault, soumet que la suspension de la prescription du recours fut causée par l'état mental du créancier, état de fait indépendant de sa volonté. Il était nécessaire de lier l'impossibilité d'agir de la personne à un fait indépendant de sa volonté vu la position tenue par les tribunaux français à l'effet que le principe de base de l'art. 2251 C.C. ne connaisse d'aucune exception en dehors des causes prévues par la loi, lorsque la cause de suspension se rapporte à la personne même de celui qui l'invoque. Le commentateur remarque que la loi ne protège pas les aliénés internés non interdits contre la prescription de droits qu'ils auraient dû faire valoir en temps utile:

On peut en conclure que les courtes prescriptions courent aussi contre les aliénés internés. Cette règle est sans doute inique («chose singulière — écrivait Baudry-Lacantinerie (*Traité théor. et prat. de droit civil*, t. 28, n^o 424) — c'est précisément ici que le besoin de la suspension se faisait le plus vivement sentir, car la prescription est d'autant plus menaçante qu'elle est plus courte . . .»); mais elle est inéluctable. [. . .] Pour être conforme à la lettre de la loi, cette solution n'en a pas moins été critiquée [. . .]; les courtes prescriptions reposent sur une présomption de paiement; mais si le créancier a été dans l'impossibilité d'exercer une action pendant un certain temps, la présomption tirée de son inaction s'effondre. [. . .] Contre la rigidité des règles de prescription, l'interprétation exegetique des textes conduit à refuser toute protection à l'aliéné interné mais non interdit.

L'adage «*contra non valentem agere . . .*» devrait constituer, au profit des incapables, et plus spécialement de ceux dont le législateur n'a pas songé à protéger les

lator has not seen fit to protect, that corrects flaws in the law and avoids the unjust consequences thereof.

(Cass., 2^e Ch. civ., 10 February 1966, D.1967.315, Annot. Prévault, at p. 317.)

(ii) Impossibility to Act and Fault on the Part of the Debtor

Relying on equity and events over which the creditor has no control, the French courts have also held that prescription is suspended if the holder of the right failed to act owing to a wrongful initiative or shortcoming of his or her adversary (*Juris-classeur civil*, arts. 2251-59, *supra*, Nos. 106 and 107). As Troplong mentioned in *De la prescription* (4th ed. 1857), t. 2, at paras. 723-25, at pp. 293-94, this possibility was contemplated as early as 1828:

[TRANSLATION] Let us now discuss the non-personal causes of suspension, to which the Code does not refer. They all involve a strict application of the *contra non valentem* rule.

First of all, there are impossibilities that result from an agreement. . . .

Others result from assaults and impediments coming from the adverse party. This is why the court of Bordeaux held in a March 21, 1828 decision that the drawer of a bill of exchange could not raise the five-year prescription period against the bearer where, before the expiry of that period, the bill was returned to the drawer in confidence and he or she retained it wrongfully, thereby making it impossible to bring an action. [Emphasis added.]

A contemporary of Troplong's, Le Roux de Bretagne, stated the following:

[TRANSLATION] The principal basis of suspension is the *contra non valentem agere non currit prescriptio* rule of the ancient law. As was mentioned above, while this rule has not been reproduced verbatim in the code, it is the necessary consequence of a number of its provisions. Thus, article 1304 of the Napoleonic Code provides that the time for bringing an action in nullity or in rescission of an agreement does not begin running, in the case of violence, until the day it ceases or, in the case of mistake or fraud, until the day it is discovered; also, article 488 of the code of civil procedure provides that the time for a civil action based on forgery, fraud or

intérêts, le rôle d'une règle d'équité qui viendrait corriger les imperfections de la loi et éviter leurs conséquences iniques.

(Cass., 2^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315, note Prévault, à la p. 317.)

(ii) Impossibilité d'agir et faute du débiteur

Se fondant sur l'équité et le fait extérieur au créancier, les tribunaux français statuent aussi que la prescription se trouve suspendue si l'inaction du titulaire du droit a pour cause l'initiative ou la carence fautive de son adversaire (*Juris-classeur civil*, art. 2251 à 2259, *op. cit.*, nos 106 et 107). Cette possibilité était déjà envisagée en 1828, comme le mentionne Troplong dans son ouvrage *De la prescription* (4^e éd. 1857), t. 2, aux par. 723 à 725, aux pp. 293 et 294:

Nous nous occuperons des causes de suspension non personnelles, dont le Code n'a pas parlé. Toutes se rattachent à l'application stricte de la règle *contra non valentem*.

Et d'abord, il y a des impossibilités qui résultent d'une convention . . .

D'autres résultent de voies de fait et empêchements provenant de la partie adverse. C'est pourquoi la cour de Bordeaux a décidé, par arrêt du 21 mars 1828, que la prescription de cinq ans ne peut être opposée au porteur de la lettre de change, par le tireur, lorsqu'avant l'expiration de ce délai, ce dernier s'est fait remettre de confiance la lettre, l'a retenue sans droit et a empêché par là les poursuites. [Je souligne.]

Un contemporain de Troplong, Le Roux de Bretagne, disait:

La suspension a pour principal fondement la règle de l'ancien droit *contra non valentem agere non currit prescriptio*. Nous avons déjà dit que si cette règle n'est pas textuellement reproduite par le code, elle est la conséquence nécessaire de plusieurs de ses dispositions. Ainsi, aux termes de l'article 1304 du code Napoléon, le temps de l'action en nullité ou en rescision d'une convention ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et, dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts; ainsi encore le délai de la requête civile, quand elle est fondée sur le faux, le dol ou la découverte des pièces retenues par le fait de la par-

the discovery of evidence withheld by the adverse party does not begin running until the day the forgery, fraud or new evidence is discovered. There has been no hesitation to apply the rule in question in cases of superior force in which the interception of communications or an interruption of the course of justice made it absolutely impossible to act.

Thus, prescription is suspended as long as the impediment the debtor intentionally places in the way of the creditor's action exists. . . . [Emphasis added.]

(A. Le Roux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription en matière civile* (1869), t. 1, at paras. 585 and 587, at pp. 395-96.)

A more recent commentary stated the following:

[TRANSLATION] The position of the courts is changing, as they now tend to consider the attitude not only of the holder of the right, but also of a person who tries to manipulate a prescription period to his or her advantage. The Court of Cassation feels that the triers of fact can suspend prescription in light of the debtor's attitude by finding it to be a fact that objectively prevented prescription from running (Cass. com., 14 May 1969; Bull. civ. IV, No.167. — Cf. to the same effect Aix-en-Provence, 1 February 1974: Dr. marit. fr. 1975, at p. 272, Annot. P. Bonassies). The courts will therefore try to avoid prescription by applying the *contra non valentem agere* rule . . . if the debtor appears to have acted in bad faith. The appearance of these subjective concepts of good and bad faith on the part of the parties is very interesting, as it enables the court to adopt the attitude it considers fairest, thereby ensuring that the rules of prescription are not used to the detriment of a creditor whose conduct is beyond reproach. [Emphasis added.]

(M. Buy, "Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription", *J.C.P.* 77, I, 2833, at para. 28.)

The maxim *contra non valentem agere*, on which the notion of impossibility to act is based, is thus distinct from superior force, which is a purely external cause that can be assessed objectively, and requires a subjective assessment of the impossibility to act based on the circumstances of the victim of the fault that caused it. As Carbonnier stated, *supra*, at p. 180, [TRANSLATION] "[t]he suppression

tie, ne court, aux termes de l'article 488 du code de procédure civile, que du jour où soit le faux, soit le dol ont été reconnus, soit les pièces nouvelles ont été découvertes. Nous n'avons pas hésité à appliquer la règle dont il s'agit aux cas de force majeure qui, en interceptant les communications ou en interrompant le cours de la justice, rendraient absolue l'impossibilité d'agir.

Ainsi la prescription est suspendue pendant la durée de l'obstacle que le débiteur apporte volontairement aux poursuites du créancier . . . [Je souligne.]

(A. Le Roux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription en matière civile* (1869), t. 1, aux par. 585 et 587, aux pp. 395 et 396.)

Plus récemment:

On assiste d'ailleurs à une évolution de la jurisprudence qui tend aujourd'hui à prendre en considération non seulement l'attitude du titulaire du droit, mais aussi celle de la personne qui entend faire jouer la prescription à son profit. La Cour de Cassation estime que les juges du fond peuvent écarter la prescription en considération de l'attitude du débiteur, en y voyant un fait qui a objectivement empêché la prescription de courir (Cass. com. 14 mai 1969; Bull. civ. IV, n° 167. — Cf. dans le même sens Aix-en-Provence, 1^{er} février 1974: Dr. marit. fr. 1975, p. 272, note P. Bonassies). Les juges vont donc essayer d'écarter la prescription en faisant application de la règle *contra non valentem agere* . . . si le débiteur apparaît comme étant de mauvaise foi. L'apparition de ces notions subjectives de bonne et mauvaise foi des parties est très intéressante car elle permet au juge d'adopter l'attitude qui lui paraît la plus conforme à l'équité et d'éviter ainsi que les règles de la prescription soient utilisées au détriment d'un créancier auquel on ne peut rien reprocher. [Je souligne.]

(M. Buy, «Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription», *J.C.P.* 77, I, 2833, au par. 28.)

La maxime *contra non valentem agere*, qui inspire la notion d'impossibilité d'agir, se détache alors de la force majeure conçue comme cause purement extérieure s'appréciant objectivement, et commande une appréciation subjective de l'impossibilité d'agir, au niveau de la victime de la faute qui en est la cause. Comme dit Carbonnier, *loc. cit.*, à la p. 180, «[l]'anéantissement de la prescription

of an expired prescription period thus seems to constitute fair relief for the harm caused by the debtor.”

In summary, the way in which the impossibility to act concept has developed in French jurisprudence follows the approach taken by such authors as Troplong and Le Roux de Bretagne a few decades after the institution of the French *Civil Code*.

These comments on French positive civil law, combined with the legal rules already set out in the *Civil Code of Lower Canada*, will be helpful in developing and articulating the notion of absolute impossibility in fact to act.

(b) *In Quebec Civil Law*

In Quebec, the authors and the courts agree that prescription is suspended where the impossibility to act results from the fault of the debtor of the obligation (Martineau, *supra*, at p. 354; J. W. Durnford, “Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription” (1963), 13 *Thémis* 245, at p. 273; L. Langevin, “Suspension de la prescription extinctive: à l’impossible nul n’est tenu” (1996), 56 *R. du B.* 265, at p. 273; *Oznaga v. Société d’exploitation des loteries et courses du Québec*, *supra*, at p. 127; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at p. 603). This is just one expression of the *contra non valentem agere* rule, which reflects a principle of fundamental justice that is also expressed in the doctrine of abuse of rights, the maxim *fraus omnia corrumpit*, and the moral precept that no one should profit from his or her bad faith or wrongdoing (*National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122).

Another expression of the *contra non valentem agere* rule is found in the fact that the prescription period for an action in rescission of a contract based on fraud or error does not begin to run until the day the fraud or error is discovered (art. 2258 para. 2 *C.C.L.C.*). The *Civil Code of Lower*

accomplie apparaît alors comme l’exacte réparation du préjudice causé par le débiteur.»

En résumé, le développement jurisprudentiel en France de la notion d’impossibilité d’agir suit la ligne tracée par des auteurs comme Troplong et Le Roux de Bretagne, quelques décennies après l’instauration du *Code civil* français.

Ces remarques sur le droit civil positif français, conjuguées aux règles de droit déjà énoncées au *Code civil du Bas Canada*, contribueront à développer et à articuler la notion d’impossibilité absolue en fait d’agir.

b) *En droit civil québécois*

Au Québec, la doctrine et la jurisprudence soutiennent que la prescription est suspendue lorsque l’impossibilité d’agir résulte de la faute du débiteur de l’obligation (Martineau, *op. cit.*, à la p. 354; J. W. Durnford, «Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription» (1963), 13 *Thémis* 245, à la p. 273; L. Langevin, «Suspension de la prescription extinctive: à l’impossible nul n’est tenu» (1996), 56 *R. du B.* 265, à la p. 273; *Oznaga c. Société d’exploitation des loteries et courses du Québec*, précité, à la p. 127; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, à la p. 603). Ceci n’est qu’une expression de la règle *contra non valentem agere* qui reflète un principe de justice fondamentale exprimé aussi par la théorie de l’abus de droit, la maxime *fraus omnia corrumpit*, et le précepte moral voulant que l’on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions (*Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122).

Une autre expression de la règle *contra non valentem agere* se retrouve dans le fait que le délai de prescription d’une action en rescision de contrat pour cause de fraude ou d’erreur ne commence à courir que du jour où la fraude ou l’erreur est découverte (art. 2258 al. 2 *C.c.B.C.*). Le *Code civil*

63

64

65

66

Canada also recognizes the psychological state of fear as a cause of suspension of prescription in art. 2258, which provides that the prescription of an action in rescission of contract for fear only runs from the day the fear ceases.

du Bas Canada reconnaît de la même façon l'état psychologique de crainte comme cause de suspension de prescription par son art. 2258 qui prévoit que la prescription d'une action en rescision de contrat pour crainte ne court que du jour où la crainte cesse.

67 It is a logical extension of these civil law rules and principles that the psychological state of fear will also suspend prescription in delictual matters where the fear is caused by the defendant's fault. Prescription is based, *inter alia*, on a presumption that the holder of a right waives the exercise thereof if he or she is not diligent in asserting it. If the plaintiff is not in a position to freely and voluntarily waive the exercise of his or her right and is unable to act owing to the psychological hold the defendant has over the plaintiff by inspiring fear in him or her, neither public order nor the public interest, nor even a legitimate security of legal relations, which prescription is intended to foster, will be served. Quite the contrary. As Professor Langevin stated, *supra*, at p. 272 of her article:

Partant de ces règles et principes du droit civil, il est logique qu'en matière délictuelle également, l'état psychologique de crainte suspende la prescription, lorsque cette crainte est causée par la faute du défendeur. La prescription repose notamment sur une présomption que le titulaire d'un droit renonce à son exercice en raison de son manque de diligence à le faire valoir. Si le demandeur n'est pas en mesure de renoncer librement et volontairement à l'exercice de son droit et est incapable d'agir en raison de l'emprise psychologique qu'a sur lui le défendeur par la crainte qu'il lui inspire, ni l'ordre, ni l'intérêt publics, ni même une légitime sécurité des rapports juridiques, que la prescription vise à favoriser, ne seront servis. Bien au contraire. Comme le mentionne le professeur Langevin, *loc. cit.*, à la p. 272 de son article:

[TRANSLATION] Public order is not jeopardized if the courts take into account the reality of psychologically traumatized victims who bring civil actions several years after the events. On the contrary, public order would be offended if the prescription mechanism actually prevented a given class of victims from suing their abusers.

L'ordre public n'est pas menacé si les tribunaux tiennent compte de la réalité des victimes psychologiquement traumatisées, qui intentent des recours civils plusieurs années après la survenance des événements. Au contraire, l'ordre public serait plutôt offensé si le mécanisme de la prescription empêchait, en pratique, une certaine catégorie de victimes de poursuivre leur abuseur.

68 What are the characteristics of a fear that causes an absolute impossibility in fact to act within the meaning of art. 2232 C.C.L.C.?

Quelles sont les caractéristiques d'une crainte causant une impossibilité absolue en fait d'agir au sens de l'art. 2232 C.c.B.C.?

(c) *Fear Causing an Absolute Impossibility in Fact to Act*

(c) *La crainte causant l'impossibilité absolue en fait d'agir*

69 The *Civil Code of Lower Canada* itself deals with the notion of fear. Article 995 defines the fear that amounts to lack of consent. It reads as follows:

Le *Code civil du Bas Canada* traite déjà de la notion de crainte. Son art. 995 définit la crainte valant vice de consentement. Il prévoit que:

995. The fear whether produced by violence or otherwise must be a reasonable and present fear of serious injury. The age, sex, character and condition of the party are to be taken into consideration.

995. La crainte produite par violence ou autrement doit être une crainte raisonnable et présente d'un mal sérieux. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe, au caractère, et à la condition des personnes.

70 A link can be drawn between fear as vitiating consent and fear as a cause of impossibility to act

Il y a un rapprochement à faire entre la crainte comme vice du consentement et la crainte comme

for the purposes of art. 2232 C.C.L.C. Fear makes it impossible for the victim to fully exercise his or her will, whether in the context of contractual freedom or of legal proceedings. As with the assessment of fear vitiating consent, it is necessary in assessing fear as a cause of suspension of prescription to avoid undermining the security of legal relations, which is the rationale for the prescription system, while at the same time accurately determining whether the fear was a deciding factor in the impossibility to act. As in contractual matters, it must be determined in each particular case whether or not the fear deprived the victim of his or her free will and thus of the will to bring an action. The criteria of art. 995 C.C.L.C. and the doctrinal commentaries on the subject are accordingly most relevant and must serve as a basis for assessing fear as a cause of impossibility to act for the purposes of art. 2232 C.C.L.C.

Professor Baudouin (now a judge of the Court of Appeal) stated the following about the objective characteristics which fear representing lack of consent must have:

[TRANSLATION] *Determinative fear* — The first condition is that the fear be determinative, that is, that it deprive the contractor of the free choice to enter into a contract, or at least oblige the contractor to enter into a contract on conditions other than those he or she would ordinarily have accepted. To avoid introducing excessive fragility to contracts and enable the courts to determine more accurately whether the fear was determinative, the Civil Code requires the judge to consider two objective factors and one subjective factor. Article 995 C.C. provides that the fear must be a present and reasonable fear of serious injury.

Present fear — First of all, the fear must be present, that is, the contractor must in fact feel it at the time of formation of the contract and of the expression of the contractor's will. The victim must therefore perceive that the danger threatening him or her is imminent. Although the fear must be present, violence need not be. For example, psychological violence may have been exercised beforehand. It is enough that the fear still exist at the time of formation of the commitment.

Serious harm — The second objective condition is that the fear be a fear of serious harm. The intention of

cause d'impossibilité d'agir aux fins de l'art. 2232 C.c.B.C. La crainte prive la victime du plein exercice de sa volonté, que ce soit dans le cadre de la liberté contractuelle, ou dans celui de l'action en justice. Comme c'est le cas pour l'appréciation de la crainte-vice de consentement, il faut, dans l'appréciation de la crainte-cause de suspension de la prescription, éviter de saper la sécurité des rapports juridiques, raison d'être du régime de prescription, tout en évaluant de manière juste le caractère déterminant de la crainte dans l'impossibilité d'agir. Comme en matière contractuelle, il y a lieu de rechercher, dans chaque espèce particulière, si la crainte a, ou non, privé la victime de libre arbitre et ainsi de la volonté d'agir en justice. Les critères de l'art. 995 C.c.B.C. et les commentaires de la doctrine sur le sujet sont donc très pertinents et doivent guider l'appréciation de la crainte comme cause d'impossibilité d'agir aux fins de l'art. 2232 C.c.B.C.

Le professeur Baudouin (maintenant juge à la Cour d'appel) s'exprime ainsi au sujet des caractéristiques objectives que doit avoir la crainte-vice de consentement:

Crainte déterminante — La première condition est que la crainte ait été déterminante, c'est-à-dire qu'elle ait ôté au contractant le libre choix de contracter ou au moins l'ait obligé à contracter à des conditions autres que celles qu'il aurait normalement acceptées. Pour éviter, d'une part, une trop grande fragilité du contrat et pour permettre, d'autre part, d'apprécier d'une manière plus juste le caractère déterminant de la crainte, le Code civil oblige le juge à tenir compte de deux facteurs objectifs et d'un facteur subjectif. La crainte, énoncée à l'article 995 C.c., doit être une crainte présente et raisonnable d'un mal sérieux.

Crainte présente — La crainte, en premier lieu, doit être présente, c'est-à-dire qu'elle doit être actuelle et contemporaine à la formation du contrat, à l'expression de volonté du contractant. La victime doit donc percevoir l'imminence du danger qui la menace. Si la crainte doit être présente, il n'est pas nécessaire pourtant que la violence le soit. La violence morale par exemple peut avoir été exercée auparavant. Il suffit que la crainte existe encore au moment de la formation de l'engagement.

Mal sérieux — La seconde condition objective est que la crainte soit celle d'un mal sérieux. La loi veut ici

the law here is to make it impossible to cancel a contract entered into as a result of mere pressure; it therefore requires that the harm the contractor is threatened with have a certain seriousness in itself. Thus, while an injury that is physical (death, injuries), emotional (defamation, blackmail) or pecuniary (ruin) might at first glance be considered serious *per se*, a mere disadvantage, annoyance or additional difficulty cannot be held to be serious. [Italics in original; underlining added.]

(J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 138; see also: J. Pineau and D. Burman, *Théorie des obligations* (2nd ed. 1988), at pp. 112-14; M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (4th ed. 1988), at pp. 76-77.)

72

Once the objective element of the fear, that is, that it is present and that it involves serious harm, has been established, what is the test to be applied to assess the effect of the fear on the victim? On first reading, the two sentences of art. 995 C.C.L.C. appear contradictory. The first sentence, which requires a reasonable fear, suggests an assessment *in abstracto* of the effect of the fear, while the second sentence refers to the age, sex, character and condition of the victim, which suggests an assessment *in concreto*. The Quebec authors agree that an assessment *in concreto* of the determining nature of the fear on the victim's will is required (Baudouin, *supra*, at p. 139; see also Pineau and Burman, *supra*, at pp. 113-14; Tancelin, *supra*, at p. 77; A. Larouche, "Chronique de droit des obligations" (1973), 4 R.G.D. 201, at p. 211). This is logical. When caused by the defendant's fault, the fear is a psychological injury sustained by the victim and must be assessed subjectively, in light of the victim's personal situation, as is the case with the victim's other damages. In its assessment *in concreto* of the determinative nature of the fear, the court may have recourse to expert assessments and take into account the victim's testimony (Langevin, *supra*, at p. 276).

73

Even if there is a subjective assessment of the effect of the fear on the victim, not every fear constitutes a cause of impossibility to act as soon as it

éviter qu'un contrat puisse être annulé lorsqu'il a été conclu à la suite de simples pressions; elle exige donc que le mal dont le contractant est menacé ait en lui-même un certain caractère de gravité. Ainsi, alors qu'un mal d'ordre physique (mort, blessures), moral (diffamation, chantage) ou pécuniaire (ruine), peut de prime abord être considéré comme sérieux en soi, la perspective d'un simple inconvénient, d'une contrariété ou d'une difficulté supplémentaire ne peut être tenue comme telle. [Je souligne.]

(J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3^e éd. 1989), à la p. 138; voir aussi: J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations* (2^e éd. 1988), aux pp. 112 à 114; M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (4^e éd. 1988), aux pp. 76 et 77.)

Une fois établi l'élément objectif de la crainte, c'est-à-dire son caractère actuel et la présence d'un mal sérieux, objet de la crainte, quel est le critère d'appréciation de l'effet de la crainte sur la victime? À leur lecture, les deux phrases de l'art. 995 C.C.B.C. semblent se contredire. La première phrase, exigeant une crainte raisonnable, suggère une appréciation *in abstracto* de l'effet de la crainte. La seconde phrase, quant à elle, a égard à l'âge, au sexe, au caractère et à la condition de la victime, suggérant donc une appréciation *in concreto*. La doctrine québécoise s'entend pour dire qu'une appréciation *in concreto* du caractère déterminant de la crainte sur la volonté de la victime est requise (Baudouin, *op. cit.*, à la p. 139; voir aussi Pineau et Burman, *op. cit.*, aux pp. 113 et 114; Tancelin, *op. cit.*, à la p. 77; A. Larouche, «Chronique de droit des obligations» (1973), 4 R.G.D. 201, à la p. 211). Il est logique qu'il en soit ainsi. La crainte, lorsque causée par la faute du défendeur, est un préjudice psychologique subi par la victime et doit s'apprécier subjectivement, en tenant compte de la situation personnelle de la victime, tout comme ses autres dommages. Dans son appréciation *in concreto* du caractère déterminant de la crainte, le tribunal peut avoir recours à des évaluations d'experts et tenir compte du témoignage de la victime (Langevin, *loc. cit.*, à la p. 276).

Bien qu'il y ait appréciation subjective de l'effet de la crainte sur la victime, toute crainte, du moment qu'elle existe dans l'esprit d'une victime,

exists in the victim's mind. Professor Baudouin's comments on the subjective element of the fear vitiating consent are highly relevant to this analysis:

[TRANSLATION] *Reasonableness* — Finally, the fear must be reasonable. The judge must take the victim's age, sex, character and condition into account, and thus assess the victim's personality. Some people, owing to their age, for example, are more receptive to fear than others and are therefore more likely to be influenced by it.

There seems to be a contradiction between the objective condition that there be a fear of serious harm and the subjective condition that this fear be reasonable. It is conceivable that an individual might have a real, and therefore reasonable, fear in the circumstances and that this fear might therefore have a determinative effect on his or her will, but that the injury with which the individual is threatened is not, objectively speaking, serious, although he or she thinks it is. The contradiction is more apparent than real. The law merely requires by this two-fold test that the fear not be purely subjective, that is, that it not be the product solely of the victim's imagination or sensitivity. The fear must be in keeping with the external facts. Thus, the harm must be real and certain, not imaginary, but to decide whether the fear was in fact determinative of consent, the court must also conduct a subjective assessment of its impact in light of the contractor's personal situation. [Emphasis added.]

(Baudouin, *supra*, at p. 139.)

This analysis indicates that a purely subjective fear cannot constitute a cause of impossibility to act under art. 2232 C.C.L.C., just as it cannot constitute a cause of rescission of a contract (Tancelin, *supra*, at p. 77). To be a cause of impossibility to act, the fear must be of an objectively serious harm, must exist throughout the period when it was impossible to act and must subjectively be determinative of this impossibility to act, that is, subjectively such that it is psychologically, if not physically, impossible for the victim to take legal action. This conjunction of factors guarantees the integrity of the prescription system without resulting in flagrant injustices. As the appellant stated in

ne constitue pas une cause d'impossibilité d'agir. Les propos du professeur Baudouin sur l'élément subjectif de la crainte-vice de consentement, sont très pertinents à la présente analyse:

Caractère raisonnable — Enfin, la crainte doit être raisonnable. Le juge doit tenir compte de l'âge, du sexe, du caractère et de la condition de la victime, donc porter une appréciation sur la personnalité de celle-ci. Certaines personnes en effet, de par leur âge, par exemple, sont plus réceptives à la crainte que d'autres et sont donc plus susceptibles d'être influencées par elle.

Il semble exister une contradiction entre l'existence objective que la crainte soit celle d'un mal sérieux et la condition subjective que cette même crainte soit raisonnable. On peut concevoir, en effet, qu'un individu ait une crainte réelle, donc raisonnable, en tenant compte des circonstances, que sa volonté ait donc été déterminée par celle-ci et que pourtant le mal dont il est menacé ne soit pas, lui, objectivement sérieux même s'il le demeure dans l'esprit de cet individu. La contradiction est plus apparente que réelle. La loi exige simplement par ce double critère que la crainte ne soit pas purement subjective, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas le fruit de la seule imagination ou sensibilité de la victime. La crainte doit être en rapport avec des faits extérieurs. Le mal doit donc être réel et non imaginaire, certain et non imaginaire, mais, pour décider si la crainte a été véritablement déterminante du consentement, le tribunal doit en plus se placer au niveau subjectif et apprécier son influence en tenant compte de la situation personnelle du contractant. [Je souligne.]

(Baudouin, *op. cit.*, à la p. 139.)

Il faut retenir de cette analyse qu'une crainte purement subjective ne peut constituer une cause d'impossibilité d'agir en vertu de l'art. 2232 C.c.B.C., tout comme elle ne peut constituer une cause de rescision du contrat (Tancelin, *op. cit.*, à la p. 77). Pour être une cause d'impossibilité d'agir, la crainte doit porter sur un mal objectivement sérieux, exister durant toute la période d'impossibilité d'agir et être subjectivement déterminante de cette impossibilité d'agir, c'est-à-dire subjectivement telle qu'il soit psychologiquement, sinon physiquement, impossible pour la victime d'intenter un recours en justice. Cet ensemble de facteurs assure l'intégrité du régime de prescription, sans

his factum, one must avoid allowing torturers to avoid liability by merely choosing their victims.

5. Application to the Facts

74 The trial judge recognized that the two psychiatric experts heard at trial, one called by the plaintiff and the other by the defence, agreed that it was psychologically impossible for the appellant to bring legal proceedings against the respondents until March 1988. However, he drew a distinction between the appellant's lack of courage to initiate legal proceedings and absolute impossibility. In his view, the appellant simply lacked courage whereas [TRANSLATION] "it was highly or likely or 'practically impossible' for him to act" (p. 16). He was not convinced that the appellant was indeed in a state of absolute impossibility throughout the long period. He stated that [TRANSLATION] "the chronic period could have been avoided had the plaintiff consulted [a specialist]" and that this was therefore not a case in which [TRANSLATION] "human vigilance and ingenuity" would not have enabled him to act (at p. 18).

75 With respect, the trial judge erred in law in drawing a distinction between the appellant's lack of courage to initiate legal proceedings and absolute impossibility in fact to act. There is no such distinction in this case. It must be recognized that fear, caused by an assailant's violence or torture, can take away the victim's ability to act, or, in other words, make it absolutely impossible in fact for the victim to act against the assailant.

76 The record contains uncontradicted evidence that the respondents Beaumont and Thireault tortured the appellant atrociously and threatened to kill him, that the appellant feared for his life and for the lives of his family, and that he was in a state of extreme fear for the six years that followed this brutal assault. There is no question that his fear was present throughout the six years and that it was a fear of serious, even extreme, harm.

donner lieu à des injustices flagrantes. Comme le dit l'appelant dans son mémoire, on doit éviter qu'il suffise aux bourreaux de choisir leur victime.

5. Application aux faits

Le juge de première instance a reconnu que les deux experts-psychiatres entendus au procès, tant en demande qu'en défense, étaient d'avis que l'appelant avait été dans l'impossibilité psychologique de prendre des procédures judiciaires contre les intimés jusqu'au mois de mars 1988. Il fit cependant une distinction entre le manque de courage de l'appelant d'initier des procédures judiciaires et une impossibilité absolue. Selon lui, l'appelant a simplement manqué de courage alors qu'«il lui était fortement ou vraisemblablement ou [TRADUCTION] "pratiquement impossible" pour lui d'agir» (p. 16). Il n'a pas été convaincu que l'appelant était véritablement dans un état d'impossibilité absolue durant toute la longue période. Il déclare que «si le demandeur avait consulté [un spécialiste], la période chronique aurait pu être évitée» et qu'il ne s'agissait donc pas d'un cas où «la vigilance et l'industrie humaine» n'auraient pu lui permettre d'agir (à la p. 18).

Avec égards, le juge de première instance a erré en droit en faisant une distinction entre le manque de courage de l'appelant à initier des procédures judiciaires et l'impossibilité absolue en fait d'agir. Il n'y a pas de telle distinction en l'espèce. On doit reconnaître qu'une crainte, causée par la violence ou la torture de son agresseur, peut priver la victime de la capacité d'agir, et la placer, en d'autres mots, dans une impossibilité absolue en fait d'agir contre ce dernier.

La preuve non contredite au dossier est à l'effet que les intimés Beaumont et Thireault ont atrocement torturé l'appelant et lui ont proféré des menaces de mort, que l'appelant craignait pour sa vie et celle de ses proches, et que ce dernier a été dans un état de peur extrême durant les six années qui ont suivi sa sauvage agression. Nul doute que sa crainte était présente pendant les six années et qu'elle portait sur des préjudices sérieux, même extrêmes.

The psychiatric experts assessed the appellant, and both of them recognized that he had suffered post-traumatic neurosis that had prevented him from taking legal action against the respondents during the six years following the night of torture in March 1982. They assessed the appellant's personal situation and reached a concrete conclusion that his fear was real and determinative of his impossibility to act. In their respective reports, Dr. Béliveau, the appellant's expert, and Dr. Vacaflor, the respondent's expert, concluded that this fear had prevented the appellant from initiating legal proceedings against the respondents until March 1988 (Dr. Béliveau, Case on Appeal, at p. 50; Dr. Vacaflor, Case on Appeal, at p. 55). The following extracts from the evidence at trial describe the appellant's state of fear during the six years of the acute and subacute post-traumatic stress phases:

Testimony of Dr. Béliveau:

[TRANSLATION] [I]t's because of the phobias. . . . The person avoids all situations that might reactivate the traumatic anxiety. A little while ago, I mentioned people who avoid returning to the scene of the assault, who avoid encountering their assailants. This mechanism of course means that someone avoiding this kind of situation will not go looking for trouble by returning to it in a situation such as a trial. They know what a trial means. It means accusing and so on. It means reliving the entire traumatic situation. So this is what I meant when I said that he was, to use the same words I used earlier, most likely prevented from taking any action.

It's clear that you are here in an action brought against police officers, and that you find yourself in a justice system. When I said it was highly likely that a person of average intelligence and from a certain background, and who is at the same time less well informed, might far more easily be afraid at that time to finally take on the policemen who assaulted him, out of a fear at that time of reprisals. It's as if in so doing . . . he would really be looking for serious reprisals. . . . [I]t's quite clear that a trial, an indictment in a justice system, I think that . . . myself, I work a bit in this environment, and I hear about it, too. People have a sort of image that you

Les experts-psychiatres ont évalué l'appelant et ont tous deux reconnu que celui-ci avait souffert d'une névrose post-traumatique qui l'avait empêché d'intenter toute action en justice contre les intimés au cours des six années suivant la nuit de torture de mars 1982. Ils ont apprécié la situation personnelle de l'appelant et ont conclu *in concreto* au caractère réel et déterminant de sa crainte vis-à-vis son impossibilité d'agir. Dans leur rapport respectif, le docteur Béliveau, expert pour l'appelant et le docteur Vacaflor, expert pour l'intimée, ont conclu que l'appelant avait été empêché d'intenter des poursuites judiciaires contre les intimés jusqu'en mars 1988, en raison de cette crainte (docteur Béliveau, dossier, à la p. 50; docteur Vacaflor, dossier, à la p. 55). Les extraits suivants de la preuve au procès décrivent l'état de crainte dans lequel l'appelant était plongé au cours des six années de phases de stress post-traumatique aiguë et subaiguë:

Témoignage du docteur Béliveau:

[C]'est à cause des phobies. [. . .] C'est qu'la personne évite toutes les situations qui sont susceptibles de réactiver la situation d'angoisse traumatique. Alors tantôt j'ai parlé des gens qui évitent de se retrouver sur les lieux, qui, de l'agression. Qui évitent de rencontrer les personnes qui ont été les agresseurs. Alors c'est bien sûr que ce mécanisme-là fait que les personnes évitant ces situations-là courront pas après l'trouble en allant se r'placer dans une situation par exemple d'un procès. Un procès on sait c'que ça veut dire. Ça veut dire accuser etc. Ça veut dire revivre toute la situation traumatique. Alors c'est dans c'sens-là que je disais que c'était, les mots que j'ai utilisés là, fort vraisemblablement empêché de prendre quelle qu'action (*sic*).

C'est sûr que le fait qu'on se retrouve ici dans une action à prendre contre des policiers, et qu'on se retrouve dans un système judiciaire. Quand j'ai dit que c'était fort vraisemblable que quelqu'un qui est d'intelligence moyenne et puis d'un certain milieu, et en même temps quelqu'un qui est moins informé peut beaucoup plus facilement à ce moment-là avoir peur de s'attaquer finalement à ses agresseurs policiers, par crainte à ce moment-là de représailles. Comme si là à ce moment-là [. . .] il courait vraiment après des représailles importantes. [. . .] [C]'est ben clair qu'un procès, une mise en accusation dans un système de justice, j'pense bien

don't take on a policeman; anyway that's how it was not too long ago. You didn't take on, you didn't sue a policeman because the system was designed so that you couldn't win against a policeman. It's clear that once you have this perception . . . and in addition you have a sort of phobia against being in the assailant's presence, you will avoid putting yourself in a situation where you will challenge him. There will, incidentally, necessarily be reprisals for having dared take on a policeman who was the assailant. That's how I see it. That's why I concluded that it most likely contributed to preventing him. [Case on Appeal, at pp. 273-74 (emphasis added).]

Report of Dr. Vacaflor:

In regard to his alleged impossibility of denouncing the event of the first of March of '82 to the proper authorities it must be said at the very onset that we can only entertain hypothesis [*sic*] of various degrees of credibility. My personal opinion is that he was truly so very frightened and understandably mistrustful of any police action that it effectively kept him from denouncing the event. Although he had managed to put to some degree his life together, his fear of retaliation (that still persists) made it, given his psychological frame of mind, practically impossible to take the necessary legal action against his torturers. [Case on Appeal, at p. 54 (emphasis added).]

Dr. Vacaflor explained what he meant by practical impossibility by stating that it was an impossibility similar to that of an ordinary person who, although physically able to climb into the ring to face the world heavyweight boxing champion, would be too afraid to do so because such a confrontation would put his or her life in danger:

. . . I mean to say that fear can have a paralyzing effect. . . . So, we could not call that an absolute impossibility. I guess I could climb into the ring and get smashed. . . . I think that's a practical impossibility meaning strong, intense. [Case on Appeal, at p. 345 (emphasis added).]

que . . . moi j'travaille un peu dans ce milieu-là et j'en entend (*sic*) aussi. Les gens ont une espèce d'image que on s'attaque pas à un policier, en tous cas c'tait d'même en tous cas y a pas tellement longtemps. On s'attaquait, on poursuivait pas un policier parce que le système était ainsi fait qu'on gagnait pas contre un policier. Alors c'est ben sûr que une fois qu'on a cette perception là [. . .] et qu'on a en plus une espèce de phobie de se retrouver devant l'agresseur, on va éviter de s'placer dans une situation où on va attaquer. Y va y avoir entre parenthèses nécessairement des représailles pour avoir osé s'en prendre à un policier qui était l'agresseur. C'est comme ça que je l' comprend. C'est pour ça que j'ai conclu que fort vraisemblablement que ça avait contribué à l'empêcher. [Dossier, aux pp. 273 et 274 (je souligne).]

Rapport du docteur Vacaflor:

[TRADUCTION] En ce qui concerne son allégation qu'il lui était impossible de dénoncer aux autorités compétentes les événements survenus le 1^{er} mars 1982, il faut d'entrée de jeu souligner que nous ne pouvons que faire des hypothèses dont le degré de vraisemblance varie. Personnellement, je suis d'avis qu'il était réellement à ce point effrayé et, on peut comprendre, méfiant à l'idée de toute action policière que cela l'a effectivement empêché de dénoncer les événements. Même s'il avait réussi, dans une certaine mesure, à remettre sa vie en ordre, sa crainte de subir des représailles (qui persiste toujours) a fait en sorte que, compte tenu de son état psychologique, il lui était pratiquement impossible d'intenter l'action en justice requise contre ses tortionnaires. [Dossier, à la p. 54 (je souligne).]

Le docteur Vacaflor explique ce qu'il entend par l'impossibilité pratique en affirmant qu'il s'agit d'une impossibilité du même ordre que celle qui affligerait une personne ordinaire qui aurait la capacité physique de monter dans l'arène pour affronter le champion du monde de boxe poids lourd, mais qui aurait trop peur de le faire puisque pareil affrontement mettrait sa vie en danger:

[TRADUCTION] . . . je veux dire que la crainte peut avoir un effet paralysant. [. . .] Par conséquent, nous ne pourrions donc pas qualifier cela d'impossibilité absolue. J'imagine que je pourrais monter dans l'arène et me faire réduire en bouillie [. . .] J'estime qu'il s'agit d'une impossibilité pratique au sens de sérieuse, intense. [Dossier, à la p. 345 (je souligne).]

The only conclusion I can accordingly draw, on a preponderance of evidence, is that the appellant was gripped by fear such that it was impossible for him to act, and that this was the case until March 1988, when the respondents Beaumont and Thireault were convicted of assaulting the appellant and sentenced to prison. The effect of this acute and subacute post-traumatic stress disorder, which was characterized by extreme fear, was to strip the appellant of any control over his own will as regards the two respondents, who deliberately, and through their own fault, placed the appellant in this profound state of fear. It would be contrary to the fundamental principles of our civil law for these respondents to profit from the violence and torture they inflicted on the appellant by being sheltered from any proceedings for the damage they caused. In requiring an insurmountable impossibility, the trial judge appears to have applied an objective reasonable person legal standard. However, as Professor Langevin stated, *supra*, at p. 276:

[TRANSLATION] . . . how does he or she [the trial judge] know, upon setting the psychiatric assessments aside, how this reasonable person will react in the same situation? Every person reacts differently to a violation of his or her physical and psychological integrity. So behind this "wonderful fictitious legal individual of the ordinary reasonable person" lies the judge's point of view.

The trial judge and the Court of Appeal felt that once the appellant had testified under police protection at the Police Commission's inquiry and at the preliminary inquiry of the two respondents Beaumont and Thireault, it was no longer absolutely impossible in fact for him to act. However, it should be noted that the appellant was not testifying in his own action for damages. In both proceedings, he was compelled by way of subpoena to testify and was under police protection. It was only once the defendants had been convicted and sent to prison that he was sufficiently free of his fear to be able to act. Dr. Béliveau explained the psychological impact of the guilty verdicts on the appellant as follows:

Je ne peux donc que conclure, selon la prépondérance de preuve, que l'appelant était sous l'emprise d'une crainte causant une impossibilité d'agir et ce, jusqu'au mois de mars 1988, moment où les intimés Beaumont et Thireault ont été trouvés coupables de voies de fait sur la personne de l'appelant et se sont vus imposer une sentence d'emprisonnement. Cet état de stress post-traumatique aigu et subaigu, caractérisé par une crainte extrême, a eu pour effet de priver l'appelant de tout contrôle sur sa propre volonté à l'égard des deux intimés qui ont, délibérément et par leur faute, placé l'appelant dans ce profond état de frayeur. Il va à l'encontre des principes fondamentaux de notre droit civil que ces intimés puissent tirer profit de la violence et de la torture qu'ils ont infligées à l'appelant en se retrouvant à l'abri de toute poursuite pour les dommages dont ils sont responsables. En exigeant une impossibilité invincible, le juge de première instance semble avoir appliqué une norme juridique objective de la personne raisonnable. Or, comme le dit le professeur Langevin, *loc. cit.*, à la p. 276:

. . . comment sait-il [le juge de première instance] de quelle façon cette personne raisonnable se comportera dans la même situation s'il met de côté les évaluations psychiatriques? De plus, chaque personne réagit différemment à une atteinte à son intégrité physique et psychologique. Donc, derrière ce «merveilleux personnage juridique fictif qu'est la personne raisonnable ordinaire», on trouve le point de vue du juge.

Le juge de première instance et la Cour d'appel considèrent que l'appelant, lorsqu'il a témoigné sous protection policière à l'enquête de la Commission de police et à l'enquête préliminaire des deux intimés Beaumont et Thireault, n'était plus alors dans l'impossibilité absolue en fait d'agir. Or, il est à noter que l'appelant ne témoignait pas dans le cadre de sa propre action en dommages. Il avait été contraint par subpoena de témoigner devant les deux instances et ce, sous la protection de la police. Ce n'est que lorsque les défendeurs ont été trouvés coupables et emprisonnés qu'il a été suffisamment libéré de sa crainte et capable d'agir. Le docteur Béliveau explique l'effet psychologique des verdicts de culpabilité sur l'appelant:

[TRANSLATION] [O]ne hypothesis that I consider highly likely is that, once he learned that the police officers had been convicted following the trial, at that point, especially if there were people who reassured him, who convinced him that there was no danger, at that point he may have been able to control his anxiety sufficiently to be able to take action. [Case on Appeal, at pp. 277-78.]

[U]ne hypothèse que je considère tout à fait vraisemblable c'est que, une fois qu'il se soit rendu compte que les policiers avaient été condamnés suite au procès c'est sûr qu'à ce moment-là, surtout si y a eu des gens qui l'ont rassuré, qui l'ont convaincu qu'y avait pas de danger, y a pu à ce moment-là être capable de contrôler suffisamment son anxiété pour se permettre de prendre des mesures. [Dossier, aux pp. 277 et 278.]

80 The fact that the appellant retained counsel, who told him about prescription and about the possibility of seeking compensation at the criminal trial, was also relied on. The evidence is ambiguous in this regard. The appellant stated that he had no idea of the applicable time limit for bringing an action until 1988 and had never asked his lawyer about it (Case on Appeal, at pp. 210-13). Furthermore, whether the appellant knew or may have known about the prescription period for his action is immaterial here, since he was in a state of fear and of profound post-traumatic stress that made it impossible for him to take legal action against his assailants for six years. That argument is based more on a lack of diligence, whereas this is a case of impossibility to act.

On invoque aussi le fait que l'appelant a eu recours aux services d'un avocat qui lui a parlé de prescription et d'une possibilité de demander réparation au procès criminel. La preuve est ambiguë à cet égard. L'appelant affirme qu'avant 1988, il n'avait aucune idée du délai applicable pour poursuivre et qu'il n'avait jamais questionné son avocat à ce sujet (dossier, aux pp. 210 à 213). Par ailleurs, le fait que l'appelant connaisse ou puisse connaître le délai de prescription de son recours n'est pas pertinent en l'instance puisqu'il était dans un état de crainte et de stress post-traumatique profond qui l'a complètement empêché d'agir en justice contre ses agresseurs pendant six ans. Cet argument porte davantage sur un manque de diligence, alors qu'il s'agit en l'espèce d'un cas d'impossibilité d'agir.

81 Boily J. added that had the appellant been treated sooner, his period of chronic post-traumatic stress might have been avoided. According to the expert evidence, the chronic phase is the phase of post-traumatic stress that followed the acute and subacute stress phases, and it involves an alleviation of the appellant's phobias and fears, although there are at the same time permanent psychological after-effects. The acute and subacute phases lasted a total of six years from the night of torture in March 1982, and it was during these six years that it would have been absolutely impossible in fact for the appellant to act against the respondents. The appellant brought his action shortly after the end of the subacute post-traumatic stress phase in March 1988, at the time of the conviction of the respondents Beaumont and Thireault. No one disputes that the appellant was able to take legal action during his chronic post-traumatic stress phase, which would have begun in March 1988. The appellant showed diligence in consulting his lawyers about obtaining compensation for his injuries on March 31, 1988, two days after the respon-

Le juge Boily ajoute que si l'appelant avait été traité plus tôt, sa période de stress post-traumatique chronique aurait pu être évitée. Selon la preuve d'expert, la phase chronique est la phase de stress post-traumatique qui a chronologiquement suivi les phases de stress aiguë et subaiguë et qui comporte une atténuation des phobies et des craintes de l'appelant jumelée, cependant, à des séquelles psychologiques permanentes. Les phases aiguë et subaiguë ont en tout duré six ans à compter de la nuit de torture de mars 1982 et c'est au cours de ces six années que l'appelant aurait été dans l'impossibilité absolue en fait d'agir contre les intimés. Or, l'appelant a intenté son recours peu après la fin de la phase de stress post-traumatique subaiguë en mars 1988, au moment de la condamnation des intimés Beaumont et Thireault. Personne ne conteste que l'appelant était en mesure d'agir en justice pendant sa phase de stress post-traumatique chronique qui aurait commencé en mars 1988. L'appelant a d'ailleurs fait preuve de diligence en consultant ses avocats afin d'obtenir réparation pour ses dommages dès le 31 mars 1988, soit deux

dents were sentenced. With respect, Boily J.'s comments on the possibility of avoiding the chronic phase are accordingly irrelevant.

Moreover, to blame the appellant for a lack of diligence in obtaining treatment implies that diligence should be judged based on the reasonable person standard and that the psychological reality of the victim, who suffered severe post-traumatic stress, should be disregarded. As Dr. Vacaflor, the respondent's expert, stated, the fact that a victim avoids talking about his or her trauma is in fact a consequence of the trauma:

I think that his example in my view would fall in between the realistic fear and an element of augmentation because of his own personality and difficulties. But, I think it was intense enough. I don't think this man was in a position to take action. I don't think it crossed his mind, I think he was in a position of escaping, hiding and not talking about it. [Case on Appeal, at p. 350 (emphasis added).]

Nor is it immaterial that after the appellant learned that the respondents Beaumont and Thireault had been released from prison, his fears became more acute and he was again afraid that his assailants would avenge themselves by going after him and his family. According to Dr. Béliveau, [TRANSLATION] "[h]is hypervigilance and his fears were apparently such that he was in constant fear of being wounded or killed by gunfire while walking or driving down the street." (Report of Dr. Béliveau, Case on Appeal, at p. 49.)

With respect, it seems that the Court of Appeal, like the trial judge, in assessing the absoluteness of the impossibility to act went from a subjective assessment of absolute impossibility in fact to act to an objective assessment. This move to an objective test is contrary to the very principle of the subjective assessment of the victim's damages. This would ultimately encourage assailants to choose their victims so as to keep them under their thumbs, thereby guaranteeing impunity.

While it is true that a court cannot be unduly influenced by sympathy and fairness in stating and

jours après le prononcé des sentences imposées aux intimés. Avec égards, les commentaires du juge Boily sur la possibilité d'éviter la phase chronique manquent donc de pertinence.

Par ailleurs, reprocher à l'appelant un manque de diligence à se faire traiter implique de juger la diligence en fonction de la personne raisonnable et d'écarter la réalité psychologique de la victime qui a souffert de stress post-traumatique sévère. Le fait que la victime évite de parler de son traumatisme est justement une conséquence de ce traumatisme, comme le dit le docteur Vacaflor, expert de l'intimée:

[TRADUCTION] À mon avis, j'estime que son cas se situe entre la crainte réaliste et un élément d'aggravation vu sa personnalité et ses difficultés. Cependant, j'estime qu'elle était suffisamment intense. Je ne pense pas que cet homme était en mesure de prendre action. Je ne pense pas que cela lui soit venu à l'esprit; je pense que son état le poussait à fuir, à se cacher et à ne pas parler de l'affaire. [Dossier, à la p. 350 (je souligne).]

D'autre part, il n'est pas sans intérêt de noter que depuis que l'appelant a su que les intimés Beaumont et Thireault ont été libérés de prison, ses craintes se sont accentuées et il a à nouveau peur que ses agresseurs se vengent en s'en prenant à lui et à sa famille. Selon le docteur Béliveau, «[s]on hypervigilance et ses craintes seraient telles qu'il appréhenderait continuellement de se faire blesser ou tuer par balle en circulant sur la rue à pied ou en automobile.» (Rapport du docteur Béliveau, dossier, à la p. 49.)

Avec égards, il semble que la Cour d'appel, à l'instar du juge de première instance, en appréciant le caractère absolu de l'impossibilité d'agir, soit passée d'une appréciation subjective de l'impossibilité absolue en fait d'agir à une appréciation objective. Ce passage à un critère objectif est par ailleurs contraire au principe même de l'appréciation subjective des dommages de la victime. À la limite, ce serait inciter l'agresseur à choisir ses victimes pour les maintenir sous sa férule et ainsi s'assurer l'impunité.

Il est vrai qu'une cour de justice ne peut être indûment influencée par la sympathie et l'équité

82

83

84

85

applying the law, the seriousness of the ill-treatment suffered by a victim affects the seriousness of the after-effects and the prejudice in terms of both the damage suffered and the impossibility to act. This is noted in the diagnoses of both psychiatric experts.

pour dire et appliquer le droit. Cependant, la gravité des sévices subis par une victime emporte la gravité des séquelles et du préjudice, tant au niveau des dommages soufferts que de l'impossibilité d'agir. C'est ce que constatent les diagnostics des deux experts-psychiatres.

86 I therefore find that it was absolutely impossible in fact for the appellant to act within the meaning of art. 2232 *C.C.L.C.* and that the six-month extinctive prescription provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act* accordingly did not run from March 2, 1982, the date on which the appellant's right of action arose, to March 1988. Since the court action was brought within six months of the end of the suspension of prescription, the action was not prescribed. I shall now turn to the question of the respondents' liability.

J'en conclus que l'appelant a été dans l'impossibilité absolue en fait d'agir au sens de l'art. 2232 *C.c.B.C.* et que, en conséquence, la prescription extinctive de six mois de l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes* n'a pas couru du 2 mars 1982, date à laquelle le droit d'action de l'appelant a pris naissance, au mois de mars 1988. Puisque l'action en justice a été instituée dans les six mois suivant la fin de la suspension de la prescription, le recours n'était pas prescrit. Qu'en est-il maintenant de la responsabilité des intimés?

B. *Delictual Liability of the Respondents*

B. *La responsabilité délictuelle des intimés*

1. The Respondents Beaumont and Thireault

1. Les intimés Beaumont et Thireault

87 The civil fault of the respondents Beaumont and Thireault is based on a breach of the general duty of good conduct to which everyone is subject, and a violation of rights protected by the *Quebec Charter*.

La faute civile des intimés Beaumont et Thireault relève d'un manquement au devoir général de bonne conduite qui incombe à tous et de la violation de droits protégés par la *Charte québécoise*.

88 The trial judge found that there was no doubt that certain of the appellant's fundamental rights, namely his right to life, his right to the safeguard of his dignity and his legal rights, had been breached. I will not discuss the breach with the appellant's legal rights, but will limit my analysis to the following rights protected by the *Quebec Charter*: the right to personal inviolability (s. 1) and the right to the safeguard of one's dignity (s. 4).

Le juge de première instance a trouvé qu'il ne faisait pas de doute qu'il y avait eu atteinte à certains droits fondamentaux de l'appelant, soit le droit à la vie, le droit à la sauvegarde de sa dignité, et les droits judiciaires. Sans m'attarder aux atteintes aux droits judiciaires de l'appelant, je limiterai mon analyse aux droits suivants protégés par la *Charte québécoise*: le droit à l'intégrité de la personne (art. 1) et le droit à la sauvegarde de sa dignité (art. 4).

(a) *Personal Inviolability*

a) *L'intégrité de la personne*

89 As my colleague L'Heureux-Dubé J. stated in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 97, interference with personal inviolability within the meaning of s. 1 of the *Quebec Charter*

Comme l'indiquait ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, au par. 97, une atteinte à l'intégrité de la personne au sens de l'article premier de la *Charte québécoise*

must affect the victim's physical, psychological or emotional equilibrium in something more than a fleeting manner. Moreover, the objective of s. 1, as it is worded, makes it much more similar to a guarantee of inviolability of the person and, accordingly, to protection against the certain consequences of the violation.

During the six months following the assault, the appellant was so totally overwhelmed by fear that he could do nothing. For six years after the night of torture, he was in constant fear for his life and for the lives of his family. He suffered major psychological distress that had a tangible and lasting effect on his mental equilibrium and constituted serious interference with his personal inviolability.

(b) *Personal Dignity*

In its safeguard of dignity, s. 4 of the *Quebec Charter* addresses interferences with the fundamental attributes of a human being that violate the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being, and the respect a person owes to him- or herself (*St-Ferdinand*, *supra*, at para. 106). Even temporary interference with a fundamental dimension of a human being violates s. 4 of the *Quebec Charter*. Here too, the evidence shows that the respondents Beaumont and Thireault had profound contempt for the appellant's dignity. The enumeration of the acts of torture to which the appellant was subjected makes one wonder what value the respondents Beaumont and Thireault placed on the simple fact that he is a human being. There was clearly a serious unlawful interference with the appellant's dignity.

2. The Respondent Town of Brome Lake

According to para. 7 of art. 1054 *C.C.L.C.*, employers are liable for damage caused by acts of their servants that involve unlawful interference with rights protected by the *Quebec Charter*, since such interference constitutes a civil fault. In *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at paras. 119-20, I wrote:

In my view, the first paragraph of s. 49 and art. 1053 *C.C.L.C.* are based on the same legal principle of liabil-

doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime. D'ailleurs, l'objectif de l'art. 1, tel que formulé, le rapproche plutôt d'une garantie d'inviolabilité de la personne et, par conséquent, d'une protection à l'endroit des conséquences définitives de la violation.

Au cours des six mois qui ont suivi les voies de fait, l'appelant était complètement hébété par la peur, au point de ne pouvoir rien faire. Au cours des six années qui ont suivi la nuit de torture, l'appelant a constamment craint pour sa vie et celle des siens. Il a été victime d'une détresse psychologique majeure qui a eu un effet tangible et durable sur son équilibre mental, constituant une atteinte grave à l'intégrité de sa personne.

b) *La dignité de la personne*

L'article 4 de la *Charte québécoise*, dans sa sauvegarde de la dignité, vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contrevennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même (*St-Ferdinand*, précité, au par. 106). Une atteinte, même temporaire, à une dimension fondamentale de l'être humain viole l'art. 4 de la *Charte québécoise*. Encore ici la preuve démontre le profond mépris qu'ont eu les intimés Beaumont et Thireault pour la dignité de l'appelant. L'énumération des actes de torture qu'a subis l'appelant laisse songeur quant à la valeur que les intimés Beaumont et Thireault ont accordée au simple fait qu'il est un être humain. Il s'agit manifestement d'une grave atteinte illicite à la dignité de l'appelant.

2. L'intimée, Ville de Lac Brôme

L'employeur est responsable, selon l'al. 7 de l'art. 1054 *C.c.B.C.*, des dommages causés du fait de ses préposés comportant atteintes illicites aux droits prévus à la *Charte québécoise*, puisque ces atteintes constituent des fautes civiles. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, aux par. 119 et 120, j'écrivais:

À mon avis, l'art. 49, al. 1 et l'art. 1053 *C.c.B.C.* relèvent d'un même principe juridique de responsabilité

ity associated with wrongful conduct, which is what I suggested in *obiter* when examining the concept of cause as regards *lis pendens* (*Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 457).

It is thus clear that the violation of a right protected by the Charter is equivalent to a civil fault. The Charter formalizes standards of conduct that apply to all individuals. The legislative recognition of these standards of conduct has to some extent exempted the courts from clarifying their content. This recognition does not, however, make it possible to distinguish in principle the standards of conduct in question from that under art. 1053 C.C.L.C., which the courts apply to the circumstances of each case. The violation of one of the guaranteed rights is therefore wrongful behaviour, which, as the Court of Appeal has recognized, breaches the general duty of good conduct. . . . [Emphasis added.]

92

At the time of the delict, the respondent municipality was the employer of the respondents, officer Beaumont and chief of police Thireault. Section 2.1 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13, maintains the employer-employee relationship between the municipality and its police officers, even when, as in the case at bar, they are performing their duties as peace officers.

93

There is no doubt that at the time they brutally beat the appellant, the respondents Beaumont and Thireault were performing the duties for which they were employed: they were on duty and were conducting an interrogation in the course of a criminal investigation into allegations of theft of a safe. If, as the respondent municipality suggests, the employer's liability was only engaged where it is shown that a delict was committed by its employees in the public interest, in the fight against crime or for the protection of the municipality's citizens, but was not engaged where the alleged acts are excessive, para. 7 of art. 1054 C.C.L.C. would be totally meaningless. The employer would have no incentive to exercise control over the conduct of its police officer employees. It is very fortunate that the respondent did not knowingly endorse the brutal acts committed by its

attachée au comportement fautif. C'est d'ailleurs ce que j'avais laissé entendre, de façon incidente, lors de l'étude de la notion de cause en matière de litispendance (*Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, à la p. 457).

Ainsi, il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la Charte équivaut à une faute civile. La Charte formalise en effet des normes de conduite, qui s'imposent à l'ensemble des citoyens. La reconnaissance législative de ces normes de conduite a dispensé la jurisprudence, dans une certaine mesure, d'en préciser le contenu. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de distinguer, en principe, les normes de conduite en question de celle qui découle de l'art. 1053 C.c.B.C., et que les tribunaux appliquent aux circonstances de chaque espèce. La violation d'un des droits garantis constitue donc un comportement fautif, qui, comme l'a déjà reconnu la Cour d'appel, contrevient au devoir général de bonne conduite . . . [Je souligne.]

Au moment du délit, l'intimée était l'employeur des intimés, le policier Beaumont et le directeur de police Thireault. L'article 2.1 de la *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, maintient le lien de préposition entre la municipalité et ses policiers, même lorsqu'ils agissent en qualité d'agent de la paix, comme ce fut le cas en l'espèce.

Il ne fait pas de doute qu'au moment où ils ont sauvagement battu l'appelant, les intimés Beaumont et Thireault agissaient dans l'exécution des fonctions pour lesquelles ils étaient employés: ils étaient en fonction et menaient un interrogatoire dans le cadre d'une enquête criminelle relative à des allégations de vol de coffre-fort. S'il fallait, comme le laisse entendre l'intimée, que la responsabilité du commettant soit mise en cause seulement lorsqu'il est démontré qu'un délit a été commis par ses préposés dans l'intérêt public, dans le cadre de la lutte contre le crime ou de la protection des citoyens de la municipalité, mais qu'elle soit écartée dès que les actes reprochés sont excessifs, l'al. 7 de l'art. 1054 C.c.B.C. perdrait toute sa raison d'être. Le commettant ne serait aucunement incité à exercer un contrôle sur les agissements de ses préposés policiers. Le fait que l'intimée n'ait pas sciemment endossé les actes sauvages commis par ses employés est fort heureux, mais il ne la

employees, but this does not relieve it from liability under para. 7 of art. 1054 C.C.L.C.

There is no need to determine which faults can be directly attributed to the respondent municipality itself, as it must be held liable for the compensatory damages owed to the appellant as a result of the acts of its employees Beaumont and Thireault.

C. *Compensatory Damages*

The quantum of the damages can be determined on the basis of the evidence in the record, which consists basically of the appellant's testimony and the opinions of the two psychiatric experts heard at trial.

The appellant seeks \$300,000 for the damage he suffered, which can be broken down as follows:

- (1) Physical suffering, humiliation, loss of liberty and dignity, mental suffering and psychological terror sustained on March 1, 1982: \$100,000
- (2) Physical suffering beginning on March 2, 1982: \$ 25,000
- (3) Psychological injury beginning on March 2, 1982: \$100,000
- (4) Temporary total disability for six months: \$ 25,000
- (5) Permanent partial physical disability: \$ 50,000

I shall deal first with the pecuniary damages relating to the disabilities and then with the moral damages.

1. Pecuniary Damages Relating to the Disability

The uncontradicted evidence shows that the appellant suffered a temporary total disability for six months, which coincided with his acute post-traumatic stress phase. During this phase, the appellant suffered serious symptoms of traumatic anxiety, such as traumatic nightmares, flashbacks of the torture he had undergone, constant irritability and hypervigilance, concentration problems and

dégage en rien de sa responsabilité sous l'al. 7 de l'art. 1054 C.c.B.C.

Sans avoir à porter de jugement sur les fautes directement attribuables à l'intimée elle-même, celle-ci doit donc être tenue responsable des dommages compensatoires causés à l'appelant par ses employés Beaumont et Thireault.

C. *Dommages compensatoires*

La preuve au dossier, qui se résume essentiellement au témoignage de l'appelant et aux opinions des deux experts-psychiatres entendus lors du procès, permet d'établir le quantum des dommages.

L'appelant demande la somme de 300 000 \$ pour ses dommages détaillés comme suit:

- (1) Douleurs physiques, humiliation, perte de liberté et de dignité, souffrances morales et terreur psychologique endurées le 1^{er} mars 1982: 100 000 \$
- (2) Souffrances physiques à compter du 2 mars 1982: 25 000 \$
- (3) Préjudice psychologique subi à compter du 2 mars 1982: 100 000 \$
- (4) Incapacité totale temporaire de six mois: 25 000 \$
- (5) Incapacité partielle permanente d'ordre physique: 50 000 \$

Je traiterai globalement d'abord des dommages pécuniaires liés aux incapacités, puis des dommages moraux.

1. Dommages pécuniaires liés à l'incapacité

La preuve non contredite démontre que l'appelant a souffert d'une incapacité totale temporaire de six mois, qui coïncide avec sa phase de stress post-traumatique aiguë. Pendant cette phase, l'appelant a eu de graves symptômes d'angoisse traumatique, tels des cauchemars traumatiques, des reviviscences diurnes (ou «flash-back») des tortures infligées, une irritabilité et une hypervigi-

94

95

96

97

98

a phobia about saying or doing things that might incite his assailants to act on their death threats. According to Dr. Béliveau, the appellant's expert, owing to the intensity of his symptomatology of anxiety and traumatic depression, the appellant would have been unable to work for at least six months. In my view, the sum of \$15,000 would constitute reasonable compensation for the loss of earnings resulting from his temporary total disability, in view of its duration.

99 The appellant is also seeking \$50,000 for a permanent partial disability established by expert evidence at 5 percent, which is related to his state of chronic post-traumatic stress. His irritability and depressive state will have an impact on his future earning capacity, and I would award \$35,000 under this head.

100 I would accordingly award the appellant \$50,000 in pecuniary damages.

2. Moral Damages

101 This Court discussed the method for calculating the amount of moral damages in *St-Ferdinand*, *supra*. L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, noted that there are three different ways in which to address the calculation of compensation for moral damages (at paras. 72-73, 75 and 77):

These are the conceptual, personal and functional approaches, which we shall examine briefly in turn.

The so-called conceptual approach considers the components of a human being to have purely objective value, which is expressed in a specific monetary amount. The major disadvantage of this extremely simple method is that it fails to take into account the victim's specific situation.

Secondly, at the opposite end of the spectrum from the conceptual approach, the personal approach to calculating moral damages makes it possible to determine the compensation that corresponds specifically to the loss suffered by the victim. As Wéry wrote [A. Wéry, "L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de

lance constantes, des troubles de concentration et une phobie de parler ou d'agir d'une manière qui puisse inciter ses agresseurs à mettre leurs menaces de mort à exécution. Selon le docteur Béliveau, expert de l'appelant, en raison de l'intensité de sa symptomatologie d'angoisse et de dépression traumatique, l'appelant aurait été incapable de travailler pendant au moins six mois. J'estime qu'une somme de 15 000 \$ serait raisonnable pour compenser la perte de gains reliée à son incapacité totale temporaire, compte tenu de sa durée.

L'appelant demande de plus 50 000 \$ pour une incapacité partielle permanente établie par preuve d'expert à 5 pour 100 et liée à son état de stress post-traumatique chronique. Son irritabilité et son état dépressif auront un impact sur sa capacité de gains futurs et pour cela j'accorderais 35 000 \$.

Par conséquent, je suis d'avis d'accorder à l'appelant la somme de 50 000 \$ à titre de dommages pécuniaires.

2. Dommages moraux

Cette Cour a traité, dans l'arrêt *St-Ferdinand*, précité, de la méthode de calcul du montant des dommages moraux. Le juge L'Heureux-Dubé, pour la Cour, rappelle qu'il y a trois façons différentes d'aborder le calcul de l'indemnité pour dommages moraux (aux par. 72 et 73, 75, et 77):

Il s'agit des approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle, que nous examinerons brièvement tour à tour.

L'approche dite conceptuelle considère les composantes de l'être humain comme possédant une valeur purement objective, traduite par un montant monétaire spécifique. Cette méthode, d'une grande simplicité, a l'inconvénient majeur de ne pas tenir compte de la situation particulière de la victime.

Deuxièmement, à l'antipode de l'approche conceptuelle, la méthode personnelle de calcul des dommages moraux permet d'évaluer la compensation correspondant spécifiquement à la perte subie par la victime. Comme l'écrit Wéry [A. Wéry «L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?», [1986]

l'arbitraire?", [1986] R.R.A. 355], at p. 357, this approach [TRANSLATION] "assigns no objective value to the organs of the human body but rather seeks to evaluate, from a subjective point of view, the pain and inconvenience resulting from the injuries suffered by the victim".

Lastly, the third method of calculating moral damages . . . refers to the functional approach. As Dickson J. explained in *Andrews*, this approach seeks to calculate the "physical arrangements which can make (the injured person's) life more endurable . . . accepting that what has been lost is incapable of being replaced in any direct way" (p. 262).

As my colleague stated, in para. 79, these three methods "interact, leaving the courts considerable latitude so that they can reach a reasonable and equitable result". She added the following, in para. 80:

Thus, in Quebec civil law the three approaches to calculating the amount necessary to compensate for moral prejudice . . . apply jointly, and thereby encourage a personalized evaluation of the moral prejudice. In fact, this appears to me to be the best solution in a field in which exact quantification of the prejudice suffered is extremely difficult because of the qualitative nature of that prejudice.

The Quebec courts now seem to be leaning toward a consolidated assessment of non-pecuniary losses. This trend has been criticized by Justice Baudouin (J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at para. 310) but supported by Professor Gardner (D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), at pp. 156-57; see also M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), at p. 553). It is unnecessary in the present appeal to decide this issue, which has not been argued. The principal function of the general scheme of civil liability is full compensation for the loss sustained. Provided that this objective is attained, any of the methods can be applied.

The appellant suffered a severe loss of enjoyment and quality of life. During his period of temporary total disability, the evidence shows that he

R.R.A. 355], à la p. 357, cette approche «n'accorde aucune valeur objective aux organes du corps humain mais s'attache plutôt à évaluer, d'un point de vue subjectif, la douleur et les inconforts découlant des blessures subies par la victime».

Enfin, la troisième méthode de calcul des dommages moraux [. . .] réfère à l'approche fonctionnelle. Comme l'explique le juge Dickson dans *Andrews*, cette approche cherche à calculer les «moyens matériels de rendre la vie de la victime plus supportable (. . .) puisqu'il faut accepter le fait que cette perte (subie) ne peut en aucune façon être réparée directement» (p. 262).

Comme l'indique ma collègue, au par. 79, ces trois méthodes «interagissent, laissant une marge de manœuvre aux tribunaux pour en arriver à un résultat raisonnable et équitable». Elle ajoute, au par. 80:

Ainsi, en droit civil québécois, les trois méthodes de calcul du montant nécessaire pour compenser le préjudice moral [. . .] s'appliquent conjointement, favorisant ainsi l'évaluation personnalisée du préjudice moral. De fait, ceci m'apparaît la meilleure solution dans un domaine où la quantification exacte du préjudice subi, en raison de son caractère qualitatif, est extrêmement difficile.

La jurisprudence québécoise semble dorénavant pencher vers une évaluation regroupée des pertes non pécuniaires. Cette tendance fut critiquée par le juge Baudouin (J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), au par. 310) mais supportée par le professeur Gardner (D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), aux pp. 156 et 157; voir aussi M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), à la p. 553). Il n'est pas nécessaire dans le cadre du présent pourvoi de trancher cette question qui n'a pas fait l'objet de débat. La principale fonction du régime général de responsabilité civile est la compensation intégrale du préjudice subi. Dans la mesure où cet objectif est atteint, l'une ou l'autre méthode reste disponible.

Dans les faits, l'appelant a subi une sévère perte d'agrément et de qualité de la vie. Au cours de son incapacité totale temporaire, la preuve démontre

displayed a symptomatology of traumatic depression, which [TRANSLATION] “manifested itself in a loss of interest in and motivation for any activity whatsoever, irritability, and disorders of the appetite and libido” (report of Dr. Béliveau, Case on Appeal, at p. 48). His 5 percent permanent partial disability related to the chronic state of post-traumatic stress also manifested itself in this way, according to Dr. Béliveau:

[TRANSLATION] He apparently continued to experience traumatic nightmares about twice a month that caused him to wake up in such a state of anxiety that he had to go check the doors before he could go back to sleep. He apparently continued to have flashbacks of the night of torture of March 1, 1982 about twice a week. He apparently continued to be irritable, to have little interest in most activities, especially social activities, and to feel depressed periodically, and his personality had apparently changed so much that he was no longer the same man. He apparently also continues to tend to get drunk one to three times a week after the events of 1982 through alcohol abuse. [Report of Dr. Béliveau, Case on Appeal, at p. 49.]

Adding to this the humiliation he suffered in the course of the torture, the loss of dignity, the severe violation of his physical and psychological integrity, and his physical and psychological suffering during the night of March 1 to 2, 1982 and afterwards, it is reasonable and fair to award \$200,000 in non-pecuniary damages.

D. Exemplary Damages under Paragraph 2 of Section 49 of the Quebec Charter

1. The Right to Exemplary Damages

104 The appellant claims \$100,000 in exemplary damages from the respondents under para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*.

105 Under para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*, exemplary damages can be awarded only in a case of unlawful and intentional interference. L'Heureux-Dubé J. defined the intentional nature of unlawful and intentional interference within the meaning of para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter* in *St-Ferdinand*, *supra*, at para. 121:

qu'il présentait une symptomatologie dépressive traumatique, «se manifestant par une perte d'intérêt et de motivation pour quelque activité que ce soit, par de l'irritabilité, par des troubles de l'appétit et de la libido» (rapport du docteur Béliveau, dossier, à la p. 48). Son incapacité partielle permanente de 5 pour 100 liée à l'état de stress post-traumatique chronique se manifeste aussi ainsi, au dire du docteur Béliveau:

Il continuerait à présenter environ deux fois par mois des cauchemars traumatiques qui l'éveillent en angoisse au point de devoir aller vérifier les portes avant de pouvoir se rendormir. Il continuerait, environ deux fois par semaine, à avoir des flash-backs de la nuit de torture du 1er mars 1982. Il continuerait à être irritable, à n'avoir que peu d'intérêt pour la plupart des activités, surtout les activités sociales, à se sentir déprimé par périodes et à ne plus être le même homme tant son caractère aurait changé. Il continuerait également depuis les événements de 1982 à avoir tendance à s'intoxiquer une à trois fois par semaine en faisant abus de boissons alcooliques. [Rapport du docteur Béliveau, dossier, à la p. 49.]

Si l'on ajoute à cela l'humiliation subie au cours des tortures, la perte de dignité, l'atteinte sévère à l'intégrité physique et psychologique, la souffrance physique et psychologique subie dans la nuit du 1^{er} au 2 mars 1982 et subséquemment, il est raisonnable et équitable d'attribuer une somme de 200 000 \$ à titre de dommages non pécuniaires.

D. Dommages exemplaires en vertu de l'al. 2 de l'art. 49 de la Charte québécoise

1. Le droit aux dommages exemplaires

L'appelant réclame contre les intimés la somme de 100 000 \$ à titre de dommages exemplaires en vertu de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise*.

En vertu de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise*, il ne peut y avoir octroi de dommages exemplaires qu'en cas d'atteinte illicite et intentionnelle. Dans l'arrêt *St-Ferdinand*, précité, au par. 121, le juge L'Heureux-Dubé définit le caractère intentionnel de l'atteinte illicite et intentionnelle au sens de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise*:

... there will be unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. This test is not as strict as specific intent, but it does go beyond simple negligence. Thus, an individual's recklessness, however wild and foolhardy, as to the consequences of his or her wrongful acts will not in itself satisfy this test. [Emphasis added.]

Applying this test, was the unlawful interference by the respondents intentional within the meaning of para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*?

(a) *The Respondents Beaumont and Thireault*

It is clear from the evidence in this case that the respondents Beaumont and Thireault wished to cause the consequences of their unlawful interference with the appellant's personal inviolability and dignity. The appellant's profound fear and physical and mental imbalance were merely the immediate and natural consequences of the mistreatment by the respondents. The number and cruelty of the violent acts they committed show that they intended to interfere with the plaintiff's inviolability and dignity. The breaches were intentional.

Since the respondents Beaumont and Thireault were the authors of unlawful and intentional breaches of the rights to personal inviolability and dignity protected by the *Quebec Charter*, this Court may order them to pay exemplary damages under para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*. What about their employer, the respondent Town of Brome Lake?

(b) *The Respondent Town of Brome Lake*

Paragraph 2 of s. 49 of the *Quebec Charter* confers on a court the power to order the person guilty of the unlawful and intentional breach to pay exemplary damages. Thus, to order the respondent employer of the respondents Beaumont and Thireault to pay exemplary damages, it must be proven that it intended to cause the consequences

... il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère. [Je souligne.]

Partant de ce critère, les atteintes illicites dues aux intimés étaient-elles intentionnelles, au sens de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise*?

a) *Les intimés Beaumont et Thireault*

En l'espèce, la preuve démontre clairement le désir des intimés Beaumont et Thireault de causer les conséquences des atteintes illicites à l'intégrité de la personne de l'appelant ainsi qu'à sa dignité. La crainte profonde et le déséquilibre physique et mental de l'appelant n'ont été que des conséquences immédiates et naturelles des mauvais traitements appliqués par les intimés. Le nombre et la cruauté des actes violents commis démontrent des atteintes voulues à l'intégrité et à la dignité du demandeur. Les atteintes étaient intentionnelles.

Les intimés Beaumont et Thireault ayant été les auteurs d'atteintes illicites et intentionnelles aux droits à l'intégrité de la personne et à la dignité reconnus par la *Charte québécoise*, la Cour peut les condamner à des dommages exemplaires en vertu de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise*. Qu'en est-il de leur employeur, l'intimée, Ville de Lac Brôme?

b) *L'intimée, Ville de Lac Brôme*

L'alinéa 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise* donne au tribunal le pouvoir de condamner à des dommages exemplaires l'auteur de l'atteinte illicite et intentionnelle. Donc, afin de condamner l'intimée, employeur des intimés Beaumont et Thireault, aux dommages exemplaires, il doit être prouvé que la volonté de causer les conséquences

106

107

108

of the unlawful breach or that this intention could be attributed to it.

109

In *Béliveau St-Jacques*, *supra*, at para. 65, L'Heureux-Dubé J., dissenting on another issue, discussed the employer's liability for unlawful and intentional interference by its employees under para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*, quoting with approval the following passage by Professor Perret on the subject:

[TRANSLATION] Punitive damages are payable by the person who committed the intentional fault. However, what happens where another person, who has the person who committed the fault under his or her care, control or supervision, is normally liable for the latter under art. 1054 of the *Civil Code*? For example, are employers, who are normally liable for the compensatory damages payable as a result of the fault of their employees in the performance of their duties, also liable for the exemplary damages their employees are ordered to pay for having, in the course of their work, intentionally caused the damage complained of by the victim? . . . It seems highly doubtful that a person may be *punished* for the intentional fault of another under any circumstances. Does not punishment presuppose that the person being punished had wrongful intent? That is why I feel that employers cannot be held jointly and severally liable for the exemplary damages payable as a result of the intentional fault of their employees, except where there was some complicity between them (e.g. orders given, knowledge and failure to order the wrongdoing stopped) or where the employee in question is in fact one of the directing minds of the company. [Italics in original; underlining added.]

(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. 140, note 48.)

110

In *Augustus v. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641, at pp. 2655-56, the Superior Court stated that a victim who claims exemplary damages under the *Quebec Charter* must prove that the offender's employer participated in or approved the act in question. The Quebec Court of Appeal (*per* Deschamps J.A., Vallerand J.A. concurring) affirmed this decision in *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, at p. 359, stating that proof of

de l'atteinte illicite était la sienne ou lui était imputable.

Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, précité, au par. 65, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais sur une question différente, a soulevé la question de la responsabilité de l'employeur pour les atteintes illicites et intentionnelles commises par ses préposés en vertu de l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise* et cité avec approbation le professeur Perret à ce sujet:

Les dommages punitifs sont dus par l'auteur de la faute intentionnelle. Que se passe-t-il cependant lorsque l'auteur de la faute engage normalement la responsabilité d'une autre personne qui en a la garde, le contrôle ou la surveillance en vertu de l'a. 1054 du *Code civil*? Ainsi, l'employeur qui est normalement responsable des dommages compensatoires causés par la faute de son employé dans l'exercice de ses fonctions, sera-t-il également tenu des dommages exemplaires auxquels aura été condamné son employé qui a causé intentionnellement, au cours de son travail, le dommage dont se plaint la victime? [. . .] Il nous apparaît très douteux que l'on puisse en n'importe quelle circonstance *punir* une personne pour la faute intentionnelle d'autrui. La punition ne suppose-t-elle pas en effet qu'il y ait eu chez celui que l'on sanctionne une intention coupable? C'est pourquoi, il nous apparaît que l'employeur ne pourra être tenu solidairement des dommages exemplaires consécutifs à la faute intentionnelle de son employé, que dans la mesure où il y aura eu entre eux une certaine complicité (ex.: ordres donnés, connaissances et non-interdiction de cesser le méfait) ou encore lorsque l'employé dont il s'agit est en fait un des dirigeants de la compagnie. [Je souligne.]

(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. 140, note 48.)

La Cour supérieure, dans l'affaire *Augustus c. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641, aux pp. 2655 et 2656, a précisé que la victime qui réclame des dommages exemplaires en vertu de la *Charte québécoise* doit prouver la participation ou la ratification de l'employeur du contrevenant. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, à la p. 359 (le juge Deschamps, aux motifs de laquelle souscrit le juge Vallerand), a

an employer-employee relationship under para. 7 of art. 1054 C.C.L.C. is not sufficient to establish unlawful and intentional interference by the employer giving rise to exemplary damages under para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter* (see also *Lacroutz v. Couture*, [1991] R.R.A. 493 (C.A.), at p. 495; C. Dallaire, *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes* (1995), at pp. 59-60; K. Delwaide, "Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise", in *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 95, at pp. 104-5).

Orders given by the employer, knowledge of or failure to prohibit the unlawful acts, failure to order that the acts cease, and the level in the employer's organizational hierarchy of the position of the employee who committed the wrongful acts are factors giving rise to a presumption of fact establishing on a preponderance of evidence that the employer had this intent with respect to the consequences of the unlawful breach of rights under the *Quebec Charter*.

In my view, there is sufficient evidence in this case to conclude that the respondent municipality can be presumed to have intended to interfere with the appellant's inviolability and dignity, or that this intention can be attributed to it. Let us consider the context. Even before 1982, there had been several cases of unreasonable use of force in the respondent municipality's police force involving the respondents Beaumont and Thireault among others. The fact that these criminal acts were not punished by the justice system until a few years after the night of torture in 1982 is immaterial. This is a small municipality. It would be strange if the respondent had never got wind of the conduct of its police officers and police chief before March 1, 1982. It took a Police Commission inquiry to put an end to the silence that reigned with respect to the violence in the respondent's police force.

That having been said, ss. 64 and 67 of the *Police Act* place municipalities and their police

confirmé cette décision en précisant que la seule preuve d'un lien de préposition, au sens de l'al. 7 de l'art. 1054 C.c.B.C., ne suffit pas pour établir une atteinte illicite et intentionnelle de la part de l'employeur donnant droit à des dommages exemplaires selon l'al. 2 de l'art. 49 de la *Charte québécoise* (voir aussi *Lacroutz c. Couture*, [1991] R.R.A. 493 (C.A.), à la p. 495; C. Dallaire, *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes* (1995), aux pp. 59 et 60; K. Delwaide, «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 95, aux pp. 104 et 105).

Les ordres donnés par le commettant, la connaissance ou la non-interdiction des actes illicites, l'omission d'ordonner la cessation de ceux-ci ainsi que le niveau hiérarchique du poste du préposé fautif au sein de l'organisation du commettant sont des éléments donnant lieu à une présomption de fait établissant, par prépondérance de preuve, l'existence de cette volonté du commettant à l'égard des conséquences de l'atteinte illicite à des droits selon la *Charte québécoise*.

En l'espèce, je suis d'avis qu'il y a preuve suffisante pour conclure à une volonté présumée ou imputable à l'intimée de porter atteinte à l'intégrité et à la dignité de l'appelant. Rappelons le contexte. Il y avait eu, avant même 1982, plusieurs cas d'emploi abusif de la force au sein du service de police de l'intimée, impliquant notamment les intimés Beaumont et Thireault. Que ces actes criminels n'aient été punis par la justice que quelques années après la nuit de torture de 1982 n'est pas significatif. Il s'agit d'une petite municipalité. Il serait étrange que l'intimée n'ait jamais eu vent du comportement de ses policiers et de son directeur de police avant le 1^{er} mars 1982. Il a fallu une enquête de la Commission de police pour mettre un terme au silence qui prévalait relativement à la violence au sein du service de police de l'intimée.

Cela dit, les art. 64 et 67 de la *Loi de police* imposent aux municipalités et à leur corps de

111

112

113

forces under certain obligations. Section 64 of the *Police Act* requires every local municipality to ensure that its territory is under the jurisdiction of a police force. Section 67 of the same Act reads as follows:

67. It shall be the duty of every municipal police force and each member thereof to maintain peace, order and public safety in the territory of the municipality for which it is established and in any other territory in which such municipality has jurisdiction, to prevent crime and infringements of its by-laws and to seek out the offenders.

114 In light of the municipality's obligation to ensure that its territory has a police force responsible for maintaining peace, order and public safety in its territory and for preventing crime and seeking out offenders, it follows, at the very least, that this police force may not use violence and torture in performing its duties.

115 The evidence established that the police force itself played an active role in the violence against the appellant. Three of the force's seven members, including police chief Thireault, actively took part in the acts of torture. Furthermore, the criminal participation of the chief of police, the respondent Thireault, in the mistreatment of the appellant was greater than that of the respondent Beaumont.

116 Section 68 of the *Police Act* reads as follows:

68. Every municipal police force shall be under the control of a chief who shall command it.

The director general of a municipality has no authority in any matter concerning a police inquiry.

The chief of police is responsible for performance of the duty to maintain peace, order and public safety in the territory and to prevent crime. Because of the chief's essential role in the municipality, he receives a protection greater even than that conferred by the *Cities and Towns Act*, which governs the respondent municipality pursuant to its constituting letters patent ((1971) 103 G.O. 106, January 2, 1971), on the municipality's officers and employees who are not "employees" within

police certaines obligations. L'article 64 de la *Loi de police* commande à toute municipalité locale de s'assurer que son territoire est assujéti à la compétence d'un corps de police. L'article 67 de la même loi prévoit:

67. Tout corps de police municipal et chacun de ses membres sont chargés de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique dans le territoire de la municipalité pour laquelle il est établi, ainsi que dans tout autre territoire sur lequel cette municipalité a compétence, de prévenir le crime ainsi que les infractions à ses règlements et d'en rechercher les auteurs.

Vu l'obligation de la municipalité d'assurer sur son territoire un service de police chargé de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique sur le territoire et chargé de prévenir le crime et d'en rechercher les auteurs, il découle pour le moins que ce service de police n'ait pas recours à la violence et à la torture pour remplir ses fonctions.

Or, la preuve établit que le service de police lui-même a eu une part active dans les violences qu'a subies l'appelant. Trois des sept membres du service de police, y compris le directeur de police Thireault, ont activement participé aux tortures. La participation criminelle du directeur de police, l'intimé Thireault, aux sévices infligés à l'appelant fut d'ailleurs plus importante que celle de l'intimé Beaumont.

L'article 68 de la *Loi de police* prévoit que:

68. Tout corps de police municipal est sous la direction d'un directeur qui le commande.

Le directeur général d'une municipalité n'a aucune autorité sur toute matière concernant une enquête policière.

Le directeur de police est redevable de l'exécution du devoir de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique sur le territoire et de prévenir le crime. Son rôle primordial au sein de la municipalité lui vaut une protection supérieure même à celle accordée par la *Loi sur les cités et villes*, loi par laquelle l'intimée est régie en vertu de ses lettres patentes constitutives ((1971) 103 G.O. 106, le 2 janvier 1971), aux fonctionnaires et employés de la municipalité qui ne sont pas des salariés au sens du

the meaning of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (s. 1(l) “employee”), and who have been in the employ of the municipality for at least six months, including its director general. The municipal council may not dismiss or reduce the salary of its chief of police except by a resolution supported by an absolute majority of its members (*Police Act*, s. 79; for the municipality’s officers and employees who are not “employees” within the meaning of the *Labour Code*, see *Cities and Towns Act*, s. 71). The municipal council’s decision may then be appealed to a three-judge panel of the Court of Québec (*Police Act*, s. 98.1), while officers or employees who are not “employees” within the meaning of the *Labour Code* must appeal to the Commission municipale rather than to the Court of Québec (*Cities and Towns Act*, ss. 71 and 72).

I conclude that the respondent Thireault is one of the municipality’s directing minds. His intent to cause the consequences of the unlawful breach is to be attributed to the respondent municipality. The respondent municipality is therefore one of the persons guilty, within the meaning of para. 2 of s. 49 of the *Quebec Charter*, of the unlawful and intentional breach of the appellant’s rights to personal inviolability and dignity and may be ordered to pay exemplary damages, together with the respondents Beaumont and Thireault.

2. Quantum of the Exemplary Damages

In light of the seriousness of the unlawful and intentional interference, I set the exemplary damages at \$50,000.

E. Interest and Additional Indemnity

The appellant asks that interest and the additional indemnity run from the date of the cause of action rather than from the date when the action was instituted.

Article 1056c *C.C.L.C.* reads as follows:

The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27 (art. 1l) «sala-rié»), et qui ont été au service de la municipalité depuis au moins six mois, notamment son directeur général. En effet, le directeur de police ne peut être destitué ou voir son salaire réduit par le conseil municipal que par une résolution recueillant la majorité absolue de ses membres (art. 79 de la *Loi de police*; pour les fonctionnaires et employés non salariés de la municipalité, voir l’art. 71 de la *Loi sur les cités et villes*). La décision du conseil municipal peut alors être portée en appel devant la Cour du Québec, siégeant à trois juges (art. 98.1 de la *Loi de police*) tandis que le fonctionnaire ou employé non salarié doit s’adresser en appel à la Commission municipale plutôt qu’à la Cour du Québec (art. 71 et 72 de la *Loi sur les cités et villes*).

J’en conclus que l’intimé Thireault est un des dirigeants de la municipalité. Sa volonté de causer les conséquences des atteintes illicites est imputable à la municipalité intimée. Celle-ci est donc un des auteurs, au sens de l’al. 2 de l’art. 49 de la *Charte québécoise*, des atteintes illicites et intentionnelles aux droits à l’intégrité de la personne et à la dignité de l’appelant et elle peut être condamnée aux dommages exemplaires, avec les intimés Beaumont et Thireault.

2. Le montant des dommages exemplaires

Considérant la gravité des atteintes illicites et intentionnelles commises, je fixe les dommages exemplaires à 50 000 \$.

E. Intérêt et indemnité additionnelle

L’appelant demande que l’intérêt et l’indemnité additionnelle courent à compter de la date de la cause d’action et non à compter de la date d’institution de la demande en justice.

L’article 1056c *C.c.B.C.* se lit comme suit:

Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d’un délit ou d’un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l’institution de la demande en justice.

117

118

119

120

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate. [Emphasis added.]

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt. [Je souligne.]

121 Interest is a form of moratory damages related to a debtor's delay in performing an obligation to pay a sum of money. In this case, performance of the obligation to pay the sum of money is subject to its being liquidated by judgment. Article 1056c *C.C.L.C.* provides that it is the amount awarded by judgment that bears interest retroactively as of the date when the action was instituted. The appellant put the respondents in default to perform their obligation to compensate him for his injury the day he instituted his action, that is, on May 3, 1988. Although it is true that it was absolutely impossible in fact for the appellant to act until March 1988 and that he could not therefore require that the obligation be performed before then, there is no rule under the *Civil Code of Lower Canada* permitting interest to be imposed as of March 2, 1982, the date of the cause of action.

L'intérêt est une forme de dommage moratoire rattaché au retard d'exécution de l'obligation du débiteur de payer une somme d'argent. En l'occurrence, l'exécution de l'obligation de payer la somme d'argent est assujettie à sa liquidation par jugement. L'article 1056c *C.c.B.C.* prévoit bien que c'est le montant accordé par jugement qui porte intérêt rétroactivement à compter de l'institution de la demande en justice. L'appelant a mis les intimés en demeure d'exécuter leur obligation de compenser son préjudice le jour de l'institution de sa demande en justice, le 3 mai 1988. Jusqu'en mars 1988, l'appelant était, il est vrai, dans l'impossibilité absolue en fait d'agir, et ne pouvait donc exiger plus tôt l'exécution de cette obligation. Cependant, il n'y a aucune règle en vertu du *Code civil du Bas Canada* qui permette l'imposition des intérêts à compter du 2 mars 1982, date de la cause d'action.

122 The appellant referred to s. 50 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which reads as follows:

50. Unless otherwise ordered by the Court, a judgment of the Court bears interest at the rate and from the date applicable to the judgment in the same matter of the court of original jurisdiction or at the rate and from the date that would have been applicable to that judgment if it had included a monetary award. [Emphasis added.]

L'appelant invoque l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui prévoit que:

50. Sauf ordonnance contraire de la Cour, un jugement de la Cour porte intérêt au taux et à compter de la date applicables au jugement rendu dans la même affaire par le tribunal de première instance, ou au taux et à compter de la date qui lui auraient été applicables s'il avait accordé une somme d'argent. [Je souligne.]

This provision cannot be applied against a clear rule of the *Civil Code of Lower Canada* that provides for moratory damages related to the debt itself. Interest and the additional indemnity must therefore run as of May 3, 1988, the date of service of the action, in accordance with art. 1056c *C.C.L.C.*

On ne peut y avoir recours à l'encontre d'une règle claire du *Code civil du Bas Canada* qui prévoit des dommages moratoires se rattachant à la créance même. L'intérêt et l'indemnité additionnelle doivent donc courir à compter du 3 mai 1988, date de la signification de l'action, conformément à l'art. 1056c *C.c.B.C.*

F. *Extrajudicial Costs*

F. *Dépens extrajudiciaires*

123 I would not grant the appellant's request that the respondents be ordered to pay his extrajudicial costs. Aside from the affidavit on the appellant's

Quant à la demande de l'appelant à l'effet que les intimés soient condamnés à payer ses dépens extrajudiciaires, je ne l'accorderais pas. Sauf l'affi-

financial situation that was filed with the application for leave to appeal, there is no evidence in the record in support of such a request. The appellant's financial situation cannot alone be taken into account in order to exercise the discretion under s. 47 of the *Supreme Court Act*. Furthermore, the trial court and the Court of Appeal, in a unanimous judgment, ruled in the respondents' favour. This Court made no special order regarding costs in its decision on the application for leave.

VI. Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and order the respondents Mario Beaumont, Alyre Thireault and the Municipal Corporation of the Town of Brome Lake to pay the appellant, David Allen Gauthier, jointly and severally, the sum of \$300,000, with interest at the legal rate and the additional indemnity provided for in art. 1056c C.C.L.C. as of May 3, 1988, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bessette, Gauthier, Bellehumeur, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent the Town of Brome Lake: Lavin & Associates, Cowansville.

davit portant sur la situation financière de l'appelant présenté lors de la demande d'autorisation d'appel, il n'y a au dossier aucune preuve à l'appui d'une telle demande. La situation financière de l'appelant ne peut être seule prise en compte pour invoquer le pouvoir discrétionnaire de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*. D'autre part, le tribunal de première instance et la Cour d'appel, dans un jugement unanime, ont tranché en faveur des intimés. Cette Cour, dans son jugement sur la demande d'autorisation, n'a rendu aucune ordonnance particulière quant aux dépens.

VI. Conclusion

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et de condamner solidairement les intimés Mario Beaumont, Alyre Thireault et la Corporation municipale de Ville de Lac Brôme à payer à l'appelant, David Allen Gauthier, la somme de 300 000 \$, avec intérêt au taux légal et indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c C.c.B.C. à compter du 3 mai 1988, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et le juge MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Bessette, Gauthier, Bellehumeur, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimée la ville de Lac Brôme: Lavin & Associates, Cowansville.

Richard Gerry White *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Yves Rhéal Côté *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHITE

File Nos.: 25775, 25854.

1998: March 26; 1998: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Post-offence conduct — Charge to jury — Accused charged with first degree murder — Accused fleeing jurisdiction, running from police and attempting to dispose of murder weapon after victim was killed — Whether trial judge should have instructed jury that post-offence conduct had no probative value — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

The accused, W and C, were charged with first degree murder. The victim's body was discovered near Ottawa. He had been shot twice with a shotgun and four times with a pistol. He had last been seen alive the previous evening in the company of the two accused. W and C left the Ottawa area soon after the murder. Two days later they robbed a bank in the Toronto area and one week later robbed the same bank again. During these robberies C fired a shotgun and a pistol, and left behind shells and cartridge cases that matched those found at the murder scene. The accused admitted the facts concerning both robberies, but denied any involvement in the murder. At trial, the Crown introduced the following evidence indicating that the departure of the accused

Richard Gerry White *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Yves Rhéal Côté *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. WHITE

N^{os} du greffe: 25775, 25854.

1998: 26 mars; 1998: 9 juillet.

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

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

Droit criminel — Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Exposé au jury — Accusés inculpés de meurtre au premier degré — Fuite des accusés hors de la circonscription pour échapper aux policiers et tentative de se débarrasser de l'arme du meurtre après le décès de la victime — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante? — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement des accusés après l'infraction?

Les accusés, W et C, ont été inculpés de meurtre au premier degré. Le corps de la victime a été découvert près d'Ottawa. L'homme avait été atteint par deux balles de fusil de chasse et quatre balles de revolver. Il avait été vu vivant le soir précédent en compagnie des deux accusés. W et C ont quitté la région d'Ottawa peu après le meurtre. Deux jours plus tard, ils ont commis un vol qualifié dans une banque de la région de Toronto et un deuxième vol qualifié dans la même banque une semaine après. Chaque fois, C a tiré des coups de fusil de chasse et de revolver, laissant derrière lui des cartouches et des douilles de cartouche correspondant à celles trouvées sur les lieux du meurtre. Les accusés ont reconnu l'exactitude des faits allégués relativement au

from Ottawa following the murder constituted flight from the area: the fact that the accused remained away for more than ten days, missed parole meetings and failed to pick up a social assistance cheque; the fact that, according to an acquaintance who testified as a Crown witness, C called to inquire about "heat" in Ottawa and to instruct his landlord to pack up his belongings; W's comments to the acquaintance that he needed a car and money to go away; and the commission of the two bank robberies. The Crown also introduced evidence showing that upon returning to Ottawa the accused fled from the police, and that they had police scanners in their car. In addition it led evidence of concealment, including the acquaintance's testimony that the accused planned to get rid of the pistol, and the fact that W attempted to dispose of the pistol as he ran from the police in Ottawa. Defence counsel objected to the submission of this evidence to the jury on the ground that these actions could be explained by the parole violations and the bank robberies and therefore were not probative of whether the accused had killed the victim. The trial judge allowed the evidence to go to the jury, and gave them an instruction on how it should be dealt with. The jury returned verdicts of first degree murder against both accused. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeals should be dismissed.

In certain circumstances, the conduct of an accused after a crime has been committed may provide circumstantial evidence of the accused's culpability for that crime. However, it may be proper to instruct a jury that such evidence has no probative value when, as a result of an admission by the accused, the evidence cannot logically support an inference of guilt with respect to the offence being tried rather than some other offence. As a general rule, it will be for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct of the accused is related to the crime before them rather than to some other culpable act. It is also

deux vols qualifiés, mais ils ont nié toute participation au meurtre. Au procès, le ministère public a produit les éléments de preuve suivants qui indiquaient que le départ des accusés d'Ottawa après le meurtre constituait une fuite des lieux du crime: l'absence des accusés qui sont restés à l'extérieur de la ville pendant plus de dix jours, les rendez-vous manqués avec le surveillant de libération conditionnelle et l'omission de prendre livraison d'un chèque d'aide sociale, le fait, rapporté par une connaissance qui a témoigné pour le ministère public, que C a fait des appels téléphoniques pour savoir si «ça chauffait» à Ottawa et demander à son propriétaire de rassembler ses affaires, le fait que W a dit à cette connaissance qu'il avait besoin d'une auto et d'argent pour s'en aller et la perpétration des deux vols qualifiés dans une banque. Le ministère public a également présenté des éléments de preuve établissant que les accusés avaient fui devant les policiers à leur retour à Ottawa et qu'ils avaient dans leur véhicule des récepteurs à balayage permettant de capter les fréquences de la police. Le ministère public a aussi introduit des éléments de preuve concernant la dissimulation, notamment le témoignage de la connaissance selon lequel les accusés avaient prévu se débarrasser du revolver et la tentative de W de se débarrasser de l'arme pendant sa course pour échapper aux policiers à Ottawa. Les avocats de la défense se sont opposés à la communication de ces éléments de preuve au jury pour le motif que ces actes pouvaient s'expliquer par l'inobservation des conditions de leur libération conditionnelle et par la perpétration des vols qualifiés, de sorte qu'ils n'étaient pas probants quant à la question de savoir si les accusés avaient assassiné la victime. Le juge du procès a permis que la preuve soit présentée au jury et il lui a donné des directives sur la manière dont il devait tenir compte de cette preuve. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de meurtre au premier degré à l'égard des deux accusés. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Dans certaines circonstances, le comportement de l'accusé après la perpétration d'un crime peut constituer une preuve circonstancielle de sa culpabilité. Toutefois, il peut être indiqué de dire au jury qu'une telle preuve n'a aucune valeur probante lorsque, en raison d'un aveu de l'accusé, cette preuve ne peut logiquement appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard de l'infraction qui lui est reprochée, à l'exclusion d'une autre. En règle générale, il appartient au jury de déterminer, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement de l'accusé après l'infraction est lié au crime qui lui est reproché, et non à quelque autre acte coupable. Il est également du

within the province of the jury to consider how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. A “no probative value” instruction will thus be called for only in limited circumstances. Such an instruction is most likely to be warranted where the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts. In such circumstances, it can be said that the post-offence conduct of the accused is “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences. By contrast, a “no probative value” instruction is not required where the accused has denied any involvement in the facts underlying the charge at issue, and has sought to explain his or her actions by reference to some unrelated culpable act. In this case the accused denied any involvement in the murder, and it was therefore their identities as the killers, and not their degree of guilt, which formed the issue in dispute at trial. Since the evidence of their post-offence conduct was relevant to the question of whether they had committed the murder, the trial judge was not required to instruct the jury that it had no probative value.

In cases where a “no probative value” instruction is not required and the post-offence conduct of an accused is put before the jury, the trial judge should nevertheless provide an instruction regarding the proper use of that evidence. In particular, the trial judge should remind the jury that people sometimes flee or lie for entirely innocent reasons, and that even if the accused was motivated by a feeling of guilt, that feeling might be attributable to some culpable act other than the offence for which the accused is being tried. The trial judge was not, however, required to direct the jury to apply the reasonable doubt standard to the evidence of the post-offence conduct, and would have been in error had he done so. The criminal standard of proof applies only to the jury’s final determination of guilt or innocence and is not to be applied to individual items or categories of evidence. Post-offence conduct, like any evidence, takes on its full significance and probative value only in the context of the other evidence in the case. Here, the trial judge properly instructed the jury that the acts of flight and concealment of the accused constituted evidence “which may be considered and weighed by you, as triers of fact,

ressort du jury de déterminer le poids qu’il convient d’accorder à cette preuve aux fins de rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Par conséquent, une directive selon laquelle un élément de preuve n’a «aucune valeur probante» ne s’impose que dans certaines circonstances particulières. Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque l’accusé avoue avoir accompli l’*actus reus* d’un acte criminel, mais nie un degré de culpabilité donné à l’égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés. Dans ces conditions, on peut dire que le comportement de l’accusé après l’infraction peut «s’expliquer tout autant par» la perpétration de deux infractions ou plus ou est «tout aussi compatible» avec la perpétration de deux infractions ou plus. À l’opposé, une directive selon laquelle un élément de preuve n’a «aucune valeur probante» n’est pas exigée lorsque l’accusé nie toute participation aux faits qui sous-tendent l’accusation et tente d’expliquer ses actes en faisant référence à la commission d’un acte coupable n’ayant aucun rapport avec l’accusation. En l’espèce, les accusés niaient toute participation au meurtre, et la question en litige au procès était donc de savoir s’ils étaient les auteurs du meurtre et non quel était leur degré de culpabilité. Comme la preuve relative à leur comportement postérieur à l’infraction était pertinente quant à la question de savoir s’ils étaient les auteurs du meurtre, le juge du procès n’avait pas à préciser au jury que cette preuve n’avait aucune valeur probante.

Lorsqu’il n’est pas nécessaire de préciser dans les directives au jury qu’un élément de preuve n’a «aucune valeur probante» et que le comportement de l’accusé après l’infraction est mis en preuve, le juge du procès doit néanmoins donner des directives au sujet de l’utilisation qui peut être faite de cette preuve. Plus particulièrement, le juge du procès doit rappeler au jury qu’il arrive que des gens fuient ou mentent pour des raisons parfaitement innocentes et que même si l’accusé était animé d’un sentiment de culpabilité, celui-ci pouvait être attribuable à un autre acte coupable que l’infraction pour laquelle il est jugé. Toutefois, le juge du procès n’était pas tenu de donner comme directive au jury d’appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, et il aurait commis une erreur s’il l’avait fait. La norme de preuve en matière criminelle ne s’applique qu’à l’égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement. La preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, comme toute autre preuve, prend tout son sens et acquiert sa pleine

together with all the evidence in deciding the guilt or innocence of the accused". He reminded the jury that flight or concealment does not necessarily imply guilt, but can arise from any number of innocent motives. He further instructed the jury that there might be "very valid reasons" for the conduct of the accused other than their guilt for the murder, and reviewed the alternative explanations put forth by the defence. The jury charge relating to the evidence of post-offence conduct was therefore adequate as given.

valeur probante seulement lorsqu'elle est appréciée au regard des autres éléments de preuve présentés dans une affaire. En l'espèce, le juge du procès a à juste titre indiqué aux jurés que les actes de fuite et de dissimulation des accusés constituaient une preuve qu'ils pouvaient «considérer et apprécier, en tant que juges des faits, avec tous les éléments de preuve, en vue de décider si les accusés sont coupables ou non». Il a rappelé au jury que la fuite ou la dissimulation n'impliquait pas nécessairement la culpabilité et pouvait s'expliquer par un certain nombre de raisons innocentes. En outre, il a dit au jury que le comportement des accusés pouvait s'expliquer par de «très bonnes raisons» autres qu'un sentiment de culpabilité à l'égard du meurtre, et il a rappelé les explications avancées par la défense. L'exposé au jury au sujet de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction était donc adéquat tel qu'il avait été donné.

Cases Cited

Applied: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **distinguished:** *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; **not followed:** *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; *R. v. Poirier* (1995), 56 B.C.A.C. 131; **referred to:** *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); *United States v. Boyle*, 675 F.2d 430 (1982); *United States v. Kalish*, 690 F.2d 1144 (1982); *R. v. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379; *R. v. Burdick* (1975), 27 C.C.C. (2d) 497; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Smith* (1993), 31 B.C.A.C. 189; *R. v. Richens*, [1993] 4 All E.R. 877; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 108 C.C.C. (3d) 1, 29 O.R. (3d) 577, 91 O.A.C. 321, 49 C.R. (4th) 97, [1996] O.J. No. 2405 (QL), dismissing the appeals of the accused from their convictions of first degree murder. Appeals dismissed.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; **arrêts non suivis:** *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; *R. c. Poirier* (1995), 56 B.C.A.C. 131; **arrêts mentionnés:** *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); *United States c. Boyle*, 675 F.2d 430 (1982); *United States c. Kalish*, 690 F.2d 1144 (1982); *R. c. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379; *R. c. Burdick* (1975), 27 C.C.C. (2d) 497; *R. c. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Smith* (1993), 31 B.C.A.C. 189; *R. c. Richens*, [1993] 4 All E.R. 877; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, conf. [1985] 2 R.C.S. 485; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 108 C.C.C. (3d) 1, 29 O.R. (3d) 577, 91 O.A.C. 321, 49 C.R. (4th) 97, [1996] O.J. No. 2405 (QL), qui a rejeté les appels formés par les accusés contre les déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcées contre eux. Pourvois rejetés.

David E. Harris, for the appellant White.

John H. Hale, for the appellant Côté.

Kenneth R. Campbell and *Susan L. Reid*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

David E. Harris, pour l'appellant White.

John H. Hale, pour l'appellant Côté.

Kenneth R. Campbell et *Susan L. Reid*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 MAJOR J. — The appellants, Richard Gerry White and Yves Rhéal Côté, were convicted of first degree murder in connection with the execution-style killing of Wei Kueng Chiu. Their appeals were dismissed by the Ontario Court of Appeal. The main issue in these appeals is whether the trial judge properly instructed the jury regarding the inferences to be drawn from the conduct of the appellants after the murder. In particular, the appeals concern evidence that the appellants fled from the jurisdiction in which the murder was committed, ran from the police to avoid arrest, and attempted to dispose of one of the murder weapons.

2 Two questions are before this Court. The first is whether, pursuant to the principles set out in *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, the trial judge should have instructed the jury that the appellants' post-offence conduct had "no probative value" with respect to Chiu's murder. The second question is whether the jury should have been instructed to draw no inferences from that evidence unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants' conduct was motivated by consciousness of guilt for having murdered Chiu, and not by some other cause.

I. The Facts

3 On the morning of August 27, 1989, the body of Wei Kueng Chiu was discovered at an isolated location near Ottawa. He had been shot twice in the upper body with a 12-gauge shotgun, and four times in the head with a .22 calibre pistol. Chiu

LE JUGE MAJOR — Les appelants, Richard Gerry White et Yves Rhéal Côté, ont été reconnus coupables de meurtre au premier degré relativement à l'assassinat, assimilable à une exécution, de Wei Kueng Chiu. Ils ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui les a déboutés. La principale question en litige dans les présents pourvois est de savoir si le juge du procès a donné au jury des directives appropriées au sujet des conclusions qui pouvaient être tirées du comportement des appelants après le meurtre. Les pourvois concernent plus particulièrement la preuve établissant que les appelants ont quitté la circonscription où le meurtre a été perpétré, ont fui les policiers pour éviter leur arrestation et ont tenté de se débarrasser de l'une des armes du crime.

Deux questions doivent être tranchées par notre Cour. La première est de savoir si, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, le juge du procès aurait dû préciser, dans les directives qu'il a données au jury, que le comportement des appelants après l'infraction n'avait «aucune valeur probante» quant au meurtre de Chiu. La deuxième est de savoir si les jurés auraient dû recevoir la directive de ne tirer aucune conclusion à partir de cet élément de preuve à moins d'être convaincus hors de tout doute raisonnable que le comportement des appelants était motivé par la conscience de culpabilité du meurtre de Chiu, et non par un autre facteur.

I. Les faits

Le matin du 27 août 1989, le cadavre de Wei Kueng Chiu est découvert dans un endroit isolé près d'Ottawa. Il a été atteint au thorax par deux balles de fusil de chasse de calibre 12 et à la tête par quatre balles de revolver de calibre .22. Chiu a

had last been seen alive at about 8:00 p.m. the previous evening in the company of the appellants. The appellants were seen together later that night, but without Chiu. The three men were known to be friends, having served time together at Joyceville Penitentiary. All three had been released on parole earlier in the year.

A. *The Appellants' Departure from Ottawa*

As stated, the central issue in these appeals concerns the behaviour of the appellants after Chiu was killed. The appellants remained in Ottawa on August 27 but did not return home that night and were not seen again in the area for nearly two weeks. It is not clear precisely when they left Ottawa, but on the morning of August 29 they robbed a bank in Mississauga, Ontario, about 500 kilometres away. One week later, on September 5, they robbed the same bank. During these robberies Côté fired a 12-gauge shotgun and a .22 calibre pistol, and left behind shells and cartridge cases that matched those found at the scene of Chiu's murder. The appellants admitted the facts concerning both robberies.

From August 29 until September 7, the appellants stayed at two motels in Burlington, Ontario. During that time Côté missed a meeting with his parole officer in Ottawa, and White failed to respond to a letter regarding a similar meeting that he had missed earlier in the month. As a result of these parole violations, arrest warrants were issued for both appellants. White also failed to pick up a \$400 social assistance cheque in Ottawa which he knew was available since August 30. On August 31, Côté called his landlord in Ottawa and asked him to gather his "things" and put them aside. Côté said that someone would pick them up because he

été vu vivant pour la dernière fois vers 20 heures le soir précédent en compagnie des appelants. Plus tard, le même soir, ces derniers ont été aperçus ensemble, mais sans Chiu. L'on savait que les trois hommes étaient amis depuis qu'ils avaient purgé ensemble une peine d'emprisonnement au pénitencier de Joyceville. Au début de l'année, ils avaient tous trois bénéficié d'une mise en liberté conditionnelle.

A. *Le départ des appelants d'Ottawa*

Comme je l'ai déjà mentionné, les présents pourvois portent essentiellement sur le comportement des appelants après l'assassinat de Chiu. Les appelants sont demeurés à Ottawa le 27 août, mais n'ont pas regagné leur domicile ce soir-là et n'ont pas été vus dans les environs pendant près de deux semaines. On ignore la date précise de leur départ d'Ottawa. Mais le matin du 29 août, ils ont commis un vol qualifié dans une banque à Mississauga, en Ontario, soit à quelque 500 kilomètres de la capitale nationale. Une semaine plus tard, le 5 septembre, ils ont commis un second vol qualifié dans la même banque. Chaque fois, Côté a tiré des coups de feu à l'aide d'un fusil de chasse de calibre 12 et d'un revolver de calibre .22, laissant derrière lui des cartouches et des douilles de cartouche qui correspondaient à celles trouvées sur les lieux du meurtre de Chiu. Les appelants ont reconnu l'exactitude des faits allégués relativement aux deux vols qualifiés.

Du 29 août au 7 septembre, les appelants ont séjourné dans deux motels de Burlington, en Ontario. Pendant cette période, Côté ne s'est pas présenté à un rendez-vous avec son surveillant de liberté conditionnelle à Ottawa, et White a négligé de répondre à une lettre concernant un rendez-vous similaire auquel il n'était pas allé au début du mois. Vu l'inobservation des conditions de leur libération conditionnelle, des mandats d'arrestation ont été décernés à l'égard des deux appelants. White a également omis de prendre livraison à Ottawa d'un chèque d'aide sociale de 400 \$ qu'il savait être à sa disposition depuis le 30 août. Le 31 août, Côté a appelé son propriétaire, à Ottawa, et lui a demandé de rassembler ses affaires et de les mettre de côté. Il a indiqué que quelqu'un irait les

4

5

would not be returning. When the landlord asked why, Côté replied: "the less you know, the better."

B. Evidence of Paul Corner

6 Paul Corner testified for the Crown as an accomplice witness. On the stand, he admitted that he had a criminal record, including numerous offences of dishonesty. Corner testified that he was acquainted with the appellants from Joyceville Penitentiary, and that he met with them on August 29 in Burlington and registered them at a motel under his name that night. According to Corner, the following events unfolded in the appellants' motel room. White and Côté unpacked their bags and removed a 12-gauge shotgun and a .22 calibre pistol. Côté then stated that he had "better see what it is like down in Ottawa" and placed a telephone call. At the end of the ensuing conversation, which Corner could not follow because it was in French, Côté turned to White and said: "everything is cool, there is no heat". White then turned to Corner and explained that he and Côté had "snuffed somebody" in Ottawa, and more specifically that they had shot somebody to death with a shotgun and a pistol. When Corner expressed concern about his car, which he had lent to White earlier in the month, White assured him that "the car is fine, we didn't — there is no heat on [the] car". Corner further testified that Côté was anxious to "get rid of the .22" and that White agreed to do so as soon as they could get another one. According to Corner, White also said that he and Côté were "going away" and needed money. Corner testified that he got the impression from the appellants that they were planning to go "west".

C. Flight from the Police in Ottawa

7 White and Côté returned to Ottawa on September 7, 1989. The following morning the Ottawa police were tipped off, caught up with the appel-

chercher parce qu'il ne retournerait pas à l'appartement. Lorsque le propriétaire a demandé des explications, Côté a répondu: [TRADUCTION] «moins t'en sais, mieux c'est.»

B. Le témoignage de Paul Corner

Paul Corner a témoigné pour le compte du ministère public à titre de complice. Il a alors reconnu qu'il avait un casier judiciaire du fait de la perpétration, entre autres, de nombreuses infractions liées à la malhonnêteté. Il a indiqué qu'il avait connu les appelants au pénitencier de Joyceville. Il a ajouté les avoir rencontrés le 29 août à Burlington et les avoir inscrits, le même soir, à son nom, au registre d'un motel. Selon Corner, les événements suivants se seraient déroulés dans la chambre des appelants au motel. En déballant leurs affaires, White et Côté ont retiré de leurs sacs un fusil de chasse de calibre 12 et un revolver de calibre .22. Côté a dit ensuite qu'il valait mieux [TRADUCTION] «voir ce qui se passait à Ottawa», puis il a fait un appel téléphonique. Après la conversation téléphonique que Corner n'a pu suivre parce qu'elle a eu lieu en français, Côté s'est adressé à White et lui a dit [TRADUCTION] «tout va bien, ça ne chauffe pas». White s'est ensuite tourné vers Corner et lui a expliqué que Côté et lui avaient [TRADUCTION] «zigouillé quelqu'un» à Ottawa et, plus précisément, qu'ils avaient abattu quelqu'un avec un fusil de chasse et un revolver. Lorsque Corner s'est inquiété au sujet de l'auto qu'il lui avait prêtée plus tôt au cours du mois, White l'a rassuré [TRADUCTION] «l'auto n'a rien, nous n'avons pas — l'auto n'est pas recherchée». Corner a témoigné en outre que Côté était impatient de [TRADUCTION] «se débarrasser du revolver» et que White avait accepté de le faire aussitôt qu'ils pourraient s'en procurer un autre. Selon Corner, White aurait aussi dit que Côté et lui «partaient» et avaient besoin d'argent. Selon lui, les appelants semblaient avoir l'intention de se diriger vers l'«ouest».

C. Tentative d'échapper aux policiers à Ottawa

White et Côté sont retournés à Ottawa le 7 septembre 1989. Informés de ce fait le lendemain matin, les policiers d'Ottawa ont rattrapé les appe-

lants, and signalled for them to stop their car. The appellants accelerated and a short chase ensued. The appellants drove down a side street, slowed down, leapt from their car while it was still moving, and began running away. Some officers gave chase on foot. When one of the officers fired a shot in the air, Côté stopped and was arrested at gunpoint. White continued to flee, and threw a .22 calibre pistol under a parked car as he ran. He was arrested a short time later.

In the appellants' car, the police found a 12-gauge shotgun, ammunition for the shotgun and for a .22 calibre pistol, radio scanners, and lists of police frequencies. Forensic tests revealed that the shotgun was the same weapon that had been used in Chiu's murder and during the bank robberies. The pistol discarded by White was recovered and was also determined to have been used in the murder and the robberies. The Crown introduced evidence establishing that both the shotgun and the pistol had been in the appellants' possession before Chiu was killed.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of Ontario*

At trial, the Crown introduced the appellants' departure from Ottawa, their comments to Corner, their flight from the police and White's attempt to dispose of the pistol as evidence that the appellants were conscious of their own guilt for Chiu's murder and were attempting to escape prosecution for that crime. Defence counsel objected to the submission of this evidence to the jury on the ground that the appellants' actions could be explained by the parole violations and the bank robberies and therefore were not probative of whether the appellants had killed Chiu.

lants et leur ont fait signe d'immobiliser leur véhicule. Les appelants ont accéléré, et une brève poursuite a eu lieu. Ils ont emprunté une rue transversale, ont ralenti, sauté du véhicule en mouvement et pris la fuite en courant. Quelques policiers leur ont donné la chasse à pied. Lorsque l'un d'eux a tiré un coup de feu en l'air, Côté s'est immobilisé et a été arrêté sous la menace du revolver. White, qui tentait toujours d'échapper aux forces de l'ordre, a jeté un revolver de calibre .22 sous un véhicule en stationnement pendant qu'il courait. Il a été arrêté peu de temps après.

À l'intérieur du véhicule des appelants, les policiers ont trouvé un fusil de chasse de calibre 12, des munitions pour le fusil de chasse et un revolver de calibre .22, des récepteurs à balayage et des listes de fréquences utilisées par la police. Les analyses du laboratoire médico-légal ont révélé que le fusil de chasse était l'arme qui avait été utilisée pour assassiner Chiu et commettre les vols de banque. Il a également été établi que le revolver dont s'était débarrassé White, et que l'on avait retrouvé, avait servi lors du meurtre et des vols qualifiés. Le ministère public a présenté des éléments de preuve établissant que le fusil de chasse et le revolver avaient été en la possession des appelants avant l'assassinat de Chiu.

II. Les jugements dont appel

A. *La Cour suprême de l'Ontario*

Au procès, le ministère public a mis en preuve le départ des appelants d'Ottawa, leurs déclarations à Corner, leur fuite pour échapper aux policiers et la tentative de White de se débarrasser du revolver afin d'établir que les appelants se savaient coupables du meurtre de Chiu et avaient tenté d'échapper à la justice. Les avocats de la défense se sont opposés à la communication de ces éléments de preuve au jury pour le motif que le comportement des appelants pouvait s'expliquer par l'inobservation des conditions de leur libération conditionnelle et par la perpétration des vols qualifiés, de sorte qu'il n'était pas probant quant à la question de savoir si les appelants avaient assassiné Chiu.

10

The trial judge allowed the evidence to go to the jury, and gave the following instruction:

I want to deal briefly with the evidence of flight and concealment. And I want to, before I deal with that, I will tell you what the rule is as to [how] you should look at this evidence. What the law says is that flight or concealment of the accused after a crime is committed does not mean that the accused is guilty of the crime. It is common knowledge that people who are entirely innocent sometimes fly from the scene of a crime to avoid apprehension as guilty parties or because they don't want to get involved as witnesses. But flight is a circumstance which may be considered and weighed by you, as triers of fact, together with all the evidence in deciding the guilt or innocence of the accused. In the circumstance of this case where the evidence of flight is uncontradicted, you may infer that evidence of flight or concealment shows a consciousness of guilt. You have first to decide whether the evidence is evidence of flight or concealment, before you may draw that inference of consciousness of guilt.

. . .

Now [defence counsel] in their closing submissions told you that there were very valid reasons why the accused were fleeing. They were both parole violators and I suppose that is why they went to Hamilton and to Burlington. After the robberies in Burlington they came back to Ottawa. They wanted to get away from the scene of the robberies. And they both pointed out that in any case they started out in Ottawa and they returned to Ottawa so there is no flight. These are areas of the evidence on the issue of flight that you might want to consider and decide whether to draw an inference of consciousness of guilt or guilt itself.

The trial judge did not discuss the standard of proof that the jury should apply when considering the evidence of flight and concealment. The jury returned verdicts of first degree murder against both appellants.

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1

11

On appeal of their convictions, the appellants raised numerous arguments attacking the trial

Le juge du procès a permis que la preuve soit présentée au jury et il a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] Je voudrais faire de brèves remarques concernant la preuve relative à la fuite et à la dissimulation. Mais tout d'abord, je tiens à préciser de quelle manière vous devez tenir compte de cette preuve. La loi dit que le fait que l'accusé a pris la fuite ou a eu recours à la dissimulation après la perpétration d'un crime ne signifie pas qu'il soit coupable du crime. Chacun sait que des personnes tout à fait innocentes fuient parfois les lieux d'un crime parce qu'elles craignent d'être accusées ou parce qu'elles ne veulent pas témoigner. Mais la fuite est une circonstance que vous pouvez considérer et apprécier, en tant que juges des faits, avec tous les autres éléments de preuve, en vue de décider si les accusés sont coupables ou non. Dans la présente affaire, où la preuve concernant la fuite n'a pas été contredite, vous pouvez conclure que la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation établit la conscience de culpabilité. Vous devez tout d'abord déterminer s'il s'agit d'une preuve de fuite ou de dissimulation avant de conclure à la conscience de culpabilité.

. . .

Maintenant, dans leurs présentations finales, les avocats de la défense ont fait valoir que les accusés avaient de très bonnes raisons de fuir. Ni l'un ni l'autre n'ont respecté les conditions de leur libération conditionnelle, et c'est pourquoi, je suppose, ils se sont rendus à Hamilton et à Burlington. Après les vols qualifiés perpétrés à Burlington, ils sont revenus à Ottawa. Leur intention était de s'éloigner des lieux de leurs crimes. Et ils ont tous deux soutenu que, en tout état de cause, il n'y avait pas eu de fuite, puisque, partis d'Ottawa, ils y étaient retournés. Ce sont des éléments de la preuve relative à la fuite que vous pourriez vouloir examiner pour décider s'il y a lieu d'inférer la conscience de culpabilité ou la culpabilité elle-même.

Le juge du procès n'a pas abordé la norme de preuve que les jurés devaient appliquer à la preuve relative à la fuite et à la dissimulation. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de meurtre au premier degré à l'égard des deux appelants.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1

Au soutien de l'appel de leurs déclarations de culpabilité, les appelants ont soulevé de nombreux

judge's jury instructions. The appeals were dismissed in a *per curiam* decision by a five-judge panel of the Ontario Court of Appeal. Because the reasons of the Court of Appeal dealt with many of the issues raised in these appeals, they bear examination here.

With respect to consciousness of guilt, the appellants' arguments before the Court of Appeal were essentially the same as those made to this Court. Relying on *Arcangioli*, the appellants contended that their conduct after the murder was fully explained by the parole violations and the bank robberies, and therefore had no probative value with respect to whether they had also killed Chiu. They argued that the trial judge erred by failing to instruct the jury to disregard that evidence. The Court of Appeal disagreed. It stated at pp. 16-17:

This case is different from *Arcangioli*. In *Arcangioli* the accused admitted an assault and the issue at trial was his level of culpability. On that issue the evidence of consciousness of guilt — the accused's flight from the scene — had no probative value. The evidence of flight was not reasonably capable of supporting the inference that the accused had committed aggravated assault as opposed to common assault. In this case the consciousness of guilt evidence was not led to help the jury determine the appellants' level of culpability — first or second degree murder — for an admitted killing. The evidence was led to help the jury determine whether the appellants were guilty of a killing that they denied having committed. The evidence could have probative value on that issue because it could reasonably support the inference that the appellants' conduct related to their culpability for killing Chiu rather than to their culpability for the bank robberies or parole violations.

After reviewing the conduct at issue in this case, the court concluded that the evidence was not equally consistent with the alternative explanation advanced by the appellants. The court noted that it was the role of the jury, not the judge, to weigh the

arguments à l'encontre de l'exposé au jury. Cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont unanimement rejeté les appels. Les motifs de la Cour d'appel se rapportant à bon nombre des questions soulevées dans le cadre des présents pourvois, il convient de les examiner en l'espèce.

En ce qui concerne la conscience de culpabilité, les appelants ont fait valoir en Cour d'appel essentiellement les mêmes arguments que devant notre Cour. S'appuyant sur l'arrêt *Arcangioli*, ils ont prétendu que leur comportement après le meurtre s'expliquait entièrement par l'inobservation des conditions de leur libération conditionnelle et les vols de banque et n'avait donc aucune valeur probante quant à la question de savoir s'ils avaient également assassiné Chiu. Ils ont soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas au jury la directive de faire abstraction de cet élément de preuve. La Cour d'appel a exprimé son désaccord aux pp. 16 et 17:

[TRADUCTION] La présente espèce se distingue de l'affaire *Arcangioli*. Dans cette affaire, l'accusé avait avoué avoir agressé la victime et le litige portait sur son degré de culpabilité. Sur ce point, la preuve concernant la conscience de culpabilité — la fuite de l'accusé des lieux du crime — n'avait aucune valeur probante. La preuve de la fuite ne pouvait raisonnablement étayer la conclusion que l'accusé s'était rendu coupable de voies de fait graves plutôt que de voies de fait simples. En l'espèce, la preuve relative à la conscience de culpabilité n'a pas été présentée afin que le jury puisse déterminer le degré de culpabilité des appelants — meurtre au premier ou au deuxième degré — à l'égard d'un meurtre avoué. La preuve a été introduite afin que les jurés puissent déterminer si les appelants étaient coupables d'un meurtre qu'ils niaient avoir commis. La preuve pouvait avoir une valeur probante relativement à cette question parce qu'elle pouvait raisonnablement étayer la conclusion que le comportement des appelants était lié à leur culpabilité à l'égard de l'assassinat de Chiu plutôt qu'à leur culpabilité à l'égard des vols de banque et de l'inobservation des conditions de leur libération conditionnelle.

Après avoir examiné le comportement en cause en l'espèce, la cour a conclu que la preuve n'était pas tout autant compatible avec l'explication fournie par les appelants. Elle a fait remarquer qu'il appartenait au jury, et non au juge, d'apprécier la preuve

evidence and to determine whether in fact it pertained to the murder rather than to some other criminal activity. Accordingly, the court held that the trial judge was not required to instruct the jury that the evidence had no probative value.

13 The court next considered the argument that the trial judge had erred by failing to instruct the jury to apply a separate standard of proof to the evidence relating to consciousness of guilt. Relying on *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (Ont. C.A.), the appellants argued that the jury should have been directed to examine the evidence of post-offence conduct separately from the rest of the evidence, and to determine beyond a reasonable doubt whether that conduct reflected a consciousness of guilt on the part of the appellants for the murder of Chiu; if such a link could not be established, the jury should have been told that they could draw no inference of guilt from the appellants' conduct.

14 The court rejected that approach. It emphasized that the jury's determination of guilt or innocence must be based on all of the evidence, and that the criminal standard cannot be applied to selected items or categories of evidence separately without violating the principles laid down by this Court in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. As the court explained at p. 26:

... evidence tending to show consciousness of guilt can properly be treated as supportive of other evidence of guilt and should not be excluded from consideration because, on its own, it may not satisfy the standard of proof beyond a reasonable doubt.

... as with other evidence, the instructions should not encourage isolation, lest evidence which fails to meet the reasonable doubt standard, but is otherwise probative, be set aside in a piecemeal analysis.

The Ontario Court of Appeal acknowledged that it was overruling its own decision in *Court* and was disagreeing with the judgment of the British

et de déterminer si, dans les faits, elle se rapportait au meurtre plutôt qu'à un autre acte criminel. Par conséquent, elle a conclu que le juge du procès n'était pas tenu de préciser dans ses directives au jury que la preuve n'avait aucune valeur probante.

La cour a ensuite examiné l'argument voulant que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de donner au jury la directive d'appliquer une norme de preuve distincte à la preuve relative à la conscience de culpabilité. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (C.A. Ont.), les appelants ont soutenu que le jury aurait dû recevoir la directive d'examiner la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction séparément des autres éléments de preuve pour déterminer hors de tout doute raisonnable si ce comportement traduisait ou non, chez eux, une conscience de culpabilité à l'égard du meurtre de Chiu; si un tel lien ne pouvait être établi, il fallait dire au jury qu'il ne pouvait inférer la culpabilité des appelants de leur comportement.

La cour a rejeté ces prétentions. Elle a souligné que la décision du jury concernant la culpabilité ou l'innocence des accusés devait se fonder sur l'ensemble de la preuve et que la norme de preuve en matière criminelle ne pouvait s'appliquer à certains éléments ou à certaines catégories d'éléments de preuve séparément sans qu'il en résulte une violation des principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Comme l'a expliqué la cour à la p. 26:

[TRADUCTION] ... les éléments de preuve qui tendent à établir la conscience de culpabilité peuvent à juste titre être considérés comme corroborant une autre preuve de culpabilité et ils ne devraient pas être écartés pour le motif que, pris isolément, ils ne satisfont pas à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable.

... comme pour tout autre élément de preuve, les directives ne devraient pas inciter au cloisonnement, de crainte que la preuve qui ne satisfait pas à la norme hors de tout doute raisonnable, mais qui est par ailleurs probante, ne soit écartée dans le cadre d'une analyse élément par élément.

La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'elle renversait la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Court* et qu'elle se dissociait de l'arrêt *R.*

Columbia Court of Appeal in *R. v. Poirier* (1995), 56 B.C.A.C. 131, but it held that those decisions could not be reconciled with *Morin*. The court stressed the similarities between evidence relating to consciousness of guilt and other forms of circumstantial evidence, and noted that segregating one type of evidence for special treatment would make jury instructions more complex and confusing. It concluded that the trial judge did not err by failing to apply the principles of *Court* in the jury charge.

The court then disposed of the remaining grounds in the appeals. First, it rejected the appellants' claim that the jury charge was insufficient with regard to the law of aiding and abetting, and noted at pp. 30-31 that "[o]nce the jury were satisfied that both accused persons were at the scene of the crime, there was no room to argue for a lesser or greater involvement between them." The court also rejected the claim that the jury charge was insufficient with regard to the lack of evidence of motive. The court found that the charge on that matter was in fact more favourable to the appellants than the evidence merited.

The court next addressed the argument that the trial judge had failed to provide an adequate warning, pursuant to *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, about the reliability of Paul Corner's testimony. In particular, the appellants asserted that the jury should have been told to rely on Corner's testimony only to the extent it was supported by independent evidence. The court rejected that argument, and held that the charge as given made it sufficiently clear to the jury that they should regard Corner's evidence with great caution. The court also dismissed the appellants' argument that the trial judge had erred by equating "planning and deliberation" with "intention" and by referring to irrelevant evidence while instructing the jury on those concepts. The court agreed that the charge in this area lacked focus, but concluded that the instructions as a whole clarified the distinction

c. Poirier (1995), 56 B.C.A.C. 131, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais elle a statué que ces décisions étaient inconciliables avec l'arrêt *Morin*. Elle a fait ressortir les ressemblances entre la preuve relative à la conscience de culpabilité et les autres formes de preuve circonstancielle, faisant remarquer que réserver un traitement particulier à un type de preuve rendrait les directives au jury plus complexes et embrouillerait les jurés. Elle a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en n'appliquant pas les principes de l'arrêt *Court* dans son exposé au jury.

La cour a ensuite statué sur les autres moyens d'appel. Premièrement, elle a rejeté la prétention des appelants selon laquelle l'exposé au jury était insuffisant en ce qui concerne les règles du droit relatives à la complicité, et elle a indiqué, aux pp. 30 et 31, qu'[TRADUCTION] «[à] partir du moment où le jury est convaincu que les deux accusés se trouvaient sur les lieux du crime, il n'y avait pas à débattre de la participation plus ou moins grande de l'un ou de l'autre.» La cour a également rejeté l'argument voulant que l'exposé au jury n'ait pas été suffisant quant à l'absence de preuve d'un mobile. Elle a conclu que sur ce point, l'exposé était en fait plus favorable aux appelants que ne le justifiait la preuve.

La cour s'est ensuite penchée sur l'argument voulant que le juge du procès ait négligé de faire une mise en garde adéquate au jury, conformément à l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, au sujet de la crédibilité du témoignage de Paul Corner. Plus particulièrement, les appelants ont soutenu que le juge du procès aurait dû dire au jury de n'ajouter foi au témoignage de Corner que dans la mesure où il était étayé par un élément de preuve indépendant. La cour a rejeté l'argument et a conclu que l'exposé précisait avec suffisamment de clarté que le jury devait se montrer très prudent à l'égard du témoignage de Corner. Elle a également écarté la prétention des appelants que le juge du procès avait commis une erreur en faisant équivoque «préméditation et propos délibéré» et «intention» et en renvoyant à une preuve non pertinente dans ses directives au jury relativement à ces

15

16

between deliberation and intention and did not give rise to any reversible error.

- 17 The appellants' remaining arguments concerned the jury charge on reasonable doubt, the use of evidence of prior convictions, and the overall reasonableness of the jury's verdict. The Court of Appeal dismissed those arguments in summary fashion.

III. Issues

- 18 Our consideration of these appeals is limited to the two issues involving post-offence conduct and consciousness of guilt:

- (1) Did the Court of Appeal err in finding that the trial judge was not required to give a "no probative value" instruction pursuant to *Arcangioli*?
- (2) Did the Court of Appeal err in finding that a separate standard of proof does not apply to the jury's consideration of evidence relating to consciousness of guilt?

IV. Analysis

A. *Post-Offence Conduct and Consciousness of Guilt*

- 19 Under certain circumstances, the conduct of an accused after a crime has been committed may provide circumstantial evidence of the accused's culpability for that crime. For example, an inference of guilt may be drawn from the fact that the accused fled from the scene of the crime or the jurisdiction in which it was committed, attempted to resist arrest, or failed to appear at trial. Such an inference may also arise from acts of concealment, for instance where the accused has lied, assumed a false name, changed his or her appearance, or attempted to hide or dispose of incriminating evi-

notions. La cour a reconnu que la partie de l'exposé portant sur ce sujet était un peu floue, mais elle a conclu que, dans leur ensemble, les directives clarifiaient la distinction entre propos délibéré et intention et ne comportaient aucune erreur justifiant annulation.

Les autres arguments avancés par les appelants portaient sur les directives données au jury concernant le doute raisonnable, l'utilisation d'éléments de preuve relatifs à des déclarations de culpabilité antérieures et le caractère raisonnable global du verdict du jury. La Cour d'appel les a rejetés de façon sommaire.

III. Les questions en litige

Notre Cour est uniquement appelée à trancher les deux questions suivantes concernant le comportement postérieur à l'infraction et la conscience de culpabilité:

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le juge du procès n'était pas tenu d'indiquer au jury que l'élément de preuve considéré n'avait «aucune valeur probante», conformément à l'arrêt *Arcangioli*?
- (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'examen par le jury de la preuve relative à la conscience de culpabilité n'était pas assujéti à une norme de preuve distincte?

IV. L'analyse

A. *Le comportement postérieur à l'infraction et la conscience de culpabilité*

Dans certaines circonstances, le comportement de l'accusé après la perpétration d'un crime peut constituer une preuve circonstancielle de sa culpabilité. Par exemple, la culpabilité peut s'inférer du fait que l'accusé s'est enfui des lieux du crime ou a quitté la circonscription dans laquelle celui-ci a été commis, qu'il a tenté de se soustraire à l'arrestation ou qu'il n'a pas comparu au procès. Une telle conclusion peut aussi reposer sur des actes de dissimulation, par exemple lorsque l'accusé a menti, a employé un faux nom, a modifié son apparence ou a tenté de dissimuler ou de supprimer un élément

dence. As Weiler J.A. noted in *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (Ont. C.A.), at p. 238:

Evidence of after-the-fact conduct is commonly admitted to show that an accused person has acted in a manner which, based on human experience and logic, is consistent with the conduct of a guilty person and inconsistent with the conduct of an innocent person.

Evidence of this kind is often called “consciousness of guilt evidence”, since it is introduced to show that the accused was aware of having committed the crime in question and acted for the purpose of evading detection and prosecution. That label is somewhat misleading and its use should be discouraged. “Consciousness of guilt” is simply one inference that may be drawn from the evidence of the accused’s conduct; it is not a special category of evidence in itself. Moreover, the words “consciousness of guilt” suggest a conclusion about the conduct in question which undermines the presumption of innocence and may prejudice the accused in the eyes of the jury. As has been suggested by the Ontario Court of Appeal, to the extent a general description is necessary, the use of more neutral language such as “evidence of post-offence conduct” or “evidence of after-the-fact conduct” is preferable: *Peavoy*, *supra*, at p. 238. Regardless of which phrase is used, however, the focus of the jury should be kept on the specific items of evidence at hand — the act of flight, the false statement, as the case may be — and on the relevance of those items to the ultimate issue of guilt or innocence.

Evidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence. In some cases it may be highly incriminating, while in others it might play only a minor corroborative role. Like any piece of circumstantial evidence, an act of flight or concealment may be subject to competing interpretations and must be weighed by the jury, in light of all the evidence, to determine whether it is consistent

de preuve incriminant. Comme l’a signalé le juge Weiler dans l’arrêt *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (C.A. Ont.), à la p. 238:

[TRADUCTION] La preuve relative au comportement après le fait est admise d’ordinaire pour établir que l’accusé a agi d’une manière jugée compatible, selon l’expérience humaine et la logique, avec la conduite d’une personne coupable et non avec celle d’une personne innocente.

Ce type de preuve est souvent appelé «preuve de la conscience de culpabilité», étant donné qu’il vise à établir que l’accusé sait qu’il a commis le crime en question et qu’il a agi en vue d’échapper à la justice. Cette appellation est quelque peu trompeuse et devrait être évitée. La «conscience de culpabilité» est simplement une conclusion qui peut être tirée à partir de la preuve relative au comportement de l’accusé; il ne s’agit pas en soi d’une catégorie de preuve particulière. En outre, les termes «conscience de culpabilité» évoquent, à l’égard du comportement en cause, une conclusion qui va à l’encontre de la présomption d’innocence et qui peut nuire à l’accusé dans l’esprit des jurés. Comme l’a proposé la Cour d’appel de l’Ontario, dans la mesure où une description générale est nécessaire, il est préférable d’employer des termes plus neutres, tels [TRADUCTION] «preuve relative au comportement postérieur à l’infraction» ou [TRADUCTION] «preuve relative au comportement après le fait»: *Peavoy*, précité, à la p. 238. Cependant, quelle que soit la formule retenue, il faut appeler l’attention du jury sur les éléments de preuve précis qui sont présentés — la fuite, les déclarations mensongères, selon le cas — et sur leur pertinence quant à la question ultime à trancher, soit celle de la culpabilité ou de l’innocence.

La preuve relative au comportement postérieur à l’infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle. Dans certains cas, elle peut être très incriminante, et dans d’autres, elle peut ne jouer qu’un rôle secondaire de corroboration. Comme tout élément de preuve circonstancielle, la fuite ou la dissimulation peut se prêter à des interprétations divergentes et doit être appréciée par le jury à la lumière de l’ensemble de

20

21

with guilt and inconsistent with any other rational conclusion.

22

It has been recognized, however, that when evidence of post-offence conduct is introduced to support an inference of consciousness of guilt it is highly ambiguous and susceptible to jury error. As this Court observed in *Arcangioli*, the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt. In particular, a jury might impute a guilty conscience to an accused who has fled or lied for an entirely innocent reason, such as panic, embarrassment or fear of false accusation. Alternatively, the jury might determine that the conduct of the accused arose from a feeling of guilt, but might fail to consider whether that guilt relates specifically to the crime at issue, rather than to some other culpable act.

23

Two legal doctrines have arisen in response to these concerns. As a preliminary matter, this Court held in *Arcangioli* that a jury should not be permitted to consider evidence of post-offence conduct when the accused has admitted culpability for another offence and the evidence cannot logically support an inference of guilt with respect to one crime rather than the other. That rule is essentially a matter of relevance and will usually apply in narrow circumstances. More generally, this Court has also held that when evidence of post-offence conduct is put to the jury, the jury should be "properly instructed" to ensure that the evidence is not misused: *Arcangioli*, at p. 143; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.), at pp. 332-33. The content of such an instruction, particularly the appropriate standard of proof, has been the subject of ongoing controversy in the Courts of Appeal and is addressed below.

la preuve pour déterminer si elle est compatible avec la culpabilité de l'accusé et incompatible avec toute autre conclusion rationnelle.

Il est toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une conclusion de conscience de culpabilité crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur. Comme l'a signalé notre Cour dans l'arrêt *Arcangioli*, le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité. En particulier, le jury pourrait attribuer une conscience de culpabilité à une personne qui a fui ou qui a menti pour un motif parfaitement innocent, telle la panique, la gêne ou la crainte d'être accusée à tort. Le jury pourrait aussi conclure que le comportement de l'accusé était imputable à un sentiment de culpabilité sans se demander si ce sentiment de culpabilité est lié au crime dont il est inculpé, et non à un autre acte coupable.

Deux principes ont été énoncés pour dissiper ces craintes. À titre préliminaire, notre Cour a statué, dans l'arrêt *Arcangioli*, que le jury ne doit pas être autorisé à tenir compte d'un élément de preuve se rapportant au comportement de l'accusé après l'infraction lorsque l'accusé a avoué avoir commis une autre infraction et que cet élément de preuve ne peut logiquement appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard d'un de ces crimes, à l'exclusion de l'autre. Il est essentiellement question ici de pertinence et cette règle s'appliquera habituellement dans des circonstances très particulières. De façon plus générale, notre Cour a statué également que lorsqu'est présenté au jury un élément de preuve relatif au comportement de l'accusé après l'infraction, des «directives appropriées» doivent lui être données afin que cet élément ne soit pas mal utilisé: *Arcangioli*, à la p. 143, et *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.), aux pp. 332 et 333. La teneur de telles directives, en particulier en ce qui concerne la norme de preuve appropriée, n'a cessé de susciter la controverse au sein des différentes cours d'appel, et il en est question ci-après.

B. *When Does Evidence of Post-Offence Conduct Have No Probative Value?*

In *Arcangioli*, this Court considered the risks associated with the use of evidence going to consciousness of guilt. The facts were straightforward: the accused was charged with aggravated assault in connection with a stabbing that occurred during a fight outside a bar. The fight involved several people, all of whom fled the scene when it became apparent that the victim had been stabbed. At trial, the accused admitted punching the victim, but denied any involvement in the stabbing; he testified that he fled after he saw another person stab the victim in the back. The trial judge instructed the jury that the accused's flight was a factor they could consider in reaching their verdict but that the evidence was not conclusive, as innocent people sometimes flee. On appeal to this Court, the jury instruction was held to be insufficient. The Court noted at p. 147:

By his own admission, the appellant was not entirely innocent; he admitted that he had punched [the victim]. The trial judge should have instructed the jury that the appellant's flight was equally consistent with common assault and with aggravated assault, and therefore was incapable of supporting an inference of consciousness of guilt with respect to the latter. Because she did not charge the jury in those terms, there is a danger that the jury may have wrongly inferred from the evidence that the appellant fled because of his guilt in stabbing [the victim].

As a general proposition, it was held at p. 145 that:

[W]here an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence.

B. *Dans quelles circonstances la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction n'a-t-elle aucune valeur probante?*

Dans l'affaire *Arcangioli*, notre Cour s'est penchée sur les risques que comportait l'utilisation d'une preuve tendant à établir la conscience de culpabilité. Les faits étaient simples: l'accusé avait été inculpé de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau survenue au cours d'une bagarre à l'extérieur d'un bar. Plusieurs personnes avaient pris part à la bagarre et elles ont toutes fui les lieux lorsqu'il est devenu manifeste que la victime avait été poignardée. Au procès, l'accusé a reconnu avoir frappé la victime à coups de poing, mais a nié l'avoir poignardée; il a dit avoir fui après qu'une autre personne eut poignardé la victime dans le dos. Le juge du procès a indiqué au jury que la fuite de l'accusé était un facteur dont il pouvait tenir compte pour rendre son verdict, mais que cet élément de preuve n'était pas concluant, car il arrivait parfois que des personnes innocentes prennent la fuite. Appelée à se prononcer dans cette affaire, notre Cour a statué que les directives données au jury étaient insuffisantes et elle a fait remarquer ce qui suit à la p. 147:

De son propre aveu, l'appellant n'était pas totalement innocent; il a admis avoir frappé [la victime] à coups de poing. Le juge du procès aurait dû dire au jury que la fuite de l'appellant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, et qu'elle ne pouvait donc pas justifier une conclusion de conscience de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction. Étant donné que le juge n'a pas donné au jury des directives en ce sens, il y a un risque que le jury ait erronément conclu de la preuve que l'appellant a pris la fuite parce qu'il était coupable d'avoir poignardé [la victime].

À titre d'énoncé général, elle a conclu à la p. 145:

[L]orsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise.

25

In this case, which predates *Arcangioli*, the trial judge did not give a “no probative value” instruction with regard to the appellants’ post-offence conduct. The appellants contend that this was error. They argue that their acts of flight and concealment could not be probative of consciousness of guilt with respect to Chiu’s murder, because those acts were “equally explained” by reference to the parole violations and bank robberies which they admitted committing. The issue before this Court is to what extent *Arcangioli* governs this case.

Application of *Arcangioli*

26

Arcangioli stands for the proposition that a piece of evidence should not be put to the jury unless it is relevant to the determination of a live issue in the case. The conduct of the accused in *Arcangioli* — running from the scene of the crime — was withdrawn from the jury because it could not reasonably assist them in deciding the specific issue before them. As this Court noted at p. 146:

[T]he issue was whether the appellant’s flight indicated a consciousness of guilt arising from the fact that he had stabbed [the victim] or rather from the fact that he had punched [him]. And on that question, the evidence could have no probative value. [Emphasis added.]

Whether a jury should be permitted to consider evidence of post-offence conduct will depend on the facts of each case. The question that should be asked at the outset is: What does the Crown seek to prove by means of the evidence? An admission by the accused may have the effect of narrowing the issue in dispute considerably, as was the case in *Arcangioli*. If, as a result of such an admission, the accused’s conduct can no longer be attributed to the offence being tried rather than some other offence, then the jury should be so instructed. The evidence of post-offence conduct may still be used by the jury for other purposes where appropriate, for example to connect the accused to the scene of the crime or to a piece of physical evidence, or to undermine the credibility of the accused generally.

En l’espèce, le procès a eu lieu avant que ne soit rendu l’arrêt *Arcangioli*, et le juge du procès n’a pas dit au jury que le comportement des appelants après l’infraction n’avait «aucune valeur probante». Les appelants soutiennent qu’il s’agit d’une erreur. Ils font valoir que la fuite et la dissimulation ne pouvaient établir de façon probante une conscience de culpabilité du meurtre de Chiu, car ces actes pouvaient «s’expliquer tout autant» par l’inobservation des conditions de leur libération conditionnelle et par les vols de banque qu’ils ont avoué avoir commis. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure l’arrêt *Arcangioli* s’applique en l’espèce.

Application de l’arrêt *Arcangioli*

L’arrêt *Arcangioli* établit qu’un élément de preuve ne doit être présenté au jury que s’il est pertinent aux fins de trancher un point litigieux dans l’affaire. La preuve relative au comportement de l’accusé dans cette affaire, savoir qu’il s’était enfui en courant des lieux du crime, n’a pas été soumise au jury parce qu’elle ne pouvait pas raisonnablement les aider à trancher la question en litige. Notre Cour a fait remarquer ce qui suit à la p. 146:

Il s’agissait [. . .] de savoir si la fuite de l’appelant indiquait une conscience de culpabilité découlant du fait qu’il avait poignardé [la victime] ou du fait qu’il avait frappé[e] à coups de poing. Or, la preuve ne pouvait avoir de valeur probante à ce sujet. [Je souligne.]

La question de savoir s’il faut autoriser le jury à tenir compte du comportement de l’accusé après l’infraction dépend des faits de chaque espèce. Il faut tout d’abord se demander ce qui suit: que tente d’établir le ministère public grâce à cet élément de preuve? Un aveu de l’accusé peut réduire considérablement la portée de la question en litige, comme dans l’affaire *Arcangioli*. Lorsque, en raison d’un aveu, le comportement de l’accusé ne peut être imputé à l’infraction faisant l’objet du procès, plutôt qu’à une autre, le jury doit recevoir des directives en ce sens. La preuve relative au comportement après l’infraction peut néanmoins servir à d’autres fins, dans les cas qui s’y prêtent, notamment pour relier l’accusé aux lieux du crime ou à un élément de preuve matérielle, ou encore, pour miner la crédibilité de l’accusé en général.

As a general rule, it will be for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct of the accused is related to the crime before them rather than to some other culpable act. It is also within the province of the jury to consider how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. Consequently, a "no probative value" instruction like the one required in *Arcangioli* will be called for only in limited circumstances.

Such an instruction is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts. In such cases, the participation of the accused in the culpable event is not at issue; the question to be decided is merely the extent or legal significance of that participation. In *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (Ont. C.A.), this Court adopted the dissenting reasons of Dubin C.J.O., who held at p. 81 of the judgment below:

If, at the trial, the appellant had persisted in his earlier denial of non-involvement in the killing of the deceased, the jury would have been entitled — from the evidence of the appellant's flight from the scene, the appellant's false statements, and the destruction of evidence — to draw an inference of consciousness of guilt from which a further inference of culpability in the crime could also have been drawn. Once the appellant had admitted at trial that he had caused the death of the deceased, however, such evidence had very limited application. It had no application in determining whether the offence committed by the appellant was either murder or manslaughter.

See also *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at pp. 342-44. Under such circumstances, it can be said that the post-offence conduct of the accused is

En règle générale, il appartient au jury de déterminer, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement de l'accusé après l'infraction est lié au crime qui lui est reproché, plutôt qu'à un autre acte coupable. Il est également du ressort du jury de déterminer le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve aux fins de rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury. Par conséquent, une directive selon laquelle un élément de preuve n'a «aucune valeur probante», comme celle exigée dans l'arrêt *Arcangioli*, ne s'impose que dans certaines circonstances particulières.

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés. En pareil cas, la participation de l'accusé à l'acte coupable n'est pas contestée; seule l'ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée. Dans l'arrêt *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Ont.), notre Cour donne raison au juge en chef Dubin de l'Ontario, dissident, qui a conclu ce qui suit à la p. 81 de son jugement:

[TRADUCTION] Si, au procès, l'appelant avait continué de nier toute participation à l'assassinat de la victime, le jury aurait été en droit — en se fondant sur la preuve relative à la fuite de l'appelant, à ses déclarations mensongères et à la destruction d'éléments de preuve — de tirer une conclusion de conscience de culpabilité sur la base de laquelle il aurait pu en outre conclure que l'appelant était coupable du crime. Toutefois, à partir du moment où l'appelant avoue pendant le procès qu'il a causé la mort de la victime, cette preuve a très peu de pertinence. Elle ne permet pas de déterminer si l'appelant est coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable.

Voir également *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, aux pp. 342 à 344. Dans ces conditions, on peut dire que le comportement des accusés après l'infraction peut «s'expliquer tout autant par» la perpétration de deux infractions ou plus ou est

“equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences.

29

By contrast, a “no probative value” instruction is not required where the accused has denied any involvement in the facts underlying the charge at issue, and has sought to explain his or her actions by reference to some unrelated culpable act. In such cases it is the identity of the accused as the perpetrator, rather than the extent of his or her culpability, that is in issue, and it will almost invariably fall to the jury to decide whether the evidence of post-offence conduct can be attributed to one culpable act rather than another.

30

In *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (5th Cir. 1977), it was held that the flight of an accused from law enforcement officers could not reasonably support an inference of consciousness of guilt with respect to a bank robbery, because the accused had confessed to committing a more recent robbery in another state. The reasoning in *Myers* provided helpful guidance to this Court in *Arcangioli*, but its result was not determinative. Subsequent American decisions have confined *Myers* to its facts, and have confirmed that so long as evidence of after-the-fact conduct is relevant to an issue in dispute, the attribution of that conduct to one offence rather than another is normally a question of fact for the jury. See *United States v. Boyle*, 675 F.2d 430 (1st Cir. 1982), at p. 432; *United States v. Kalish*, 690 F.2d 1144 (5th Cir. 1982), at p. 1156.

31

This principle is illustrated by the decision of Doherty J.A. for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379. In that case, the two accused, Wiltse and Yarema, were charged with first degree murder. Each had provided the police with a false alibi and the Crown sought to use this lie as evidence going to consciousness of guilt. At trial, Wiltse admitted culpability for manslaughter but denied committing murder. Yarema, however, denied any responsibility for the killing.

«tout aussi compatible» avec la perpétration de deux infractions ou plus.

À l’opposé, une directive selon laquelle un élément de preuve n’a «aucune valeur probante» n’est pas exigée lorsque l’accusé nie toute participation aux faits qui sous-tendent l’accusation et tente d’expliquer ses actes en faisant référence à la commission d’un acte coupable n’ayant aucun rapport avec l’accusation. Dans ce cas, c’est l’identité de l’accusé en tant qu’auteur de l’infraction, et non son degré de culpabilité, qui est en cause et il appartiendra presque toujours au jury de décider si le comportement de l’accusé après l’infraction peut être imputé à un acte coupable plutôt qu’à l’autre.

Dans l’affaire *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (5th Cir. 1977), le tribunal a statué que la tentative de l’accusé d’échapper aux forces de l’ordre ne pouvait raisonnablement appuyer une conclusion de conscience de culpabilité à l’égard d’un vol de banque parce que l’accusé avait avoué la perpétration d’un vol qualifié plus récent dans un autre État. Le raisonnement suivi dans cette décision a apporté un éclairage utile à notre Cour dans l’affaire *Arcangioli*, mais son résultat n’est pas déterminant. Les jugements américains rendus depuis ont considéré la décision *Myers* comme une décision d’espèce et ont confirmé que, dans la mesure où la preuve relative au comportement après le fait est pertinente relativement à une question en litige, l’imputation de ce comportement à une infraction plutôt qu’à une autre constitue habituellement une question de fait relevant du jury. Voir *United States c. Boyle*, 675 F.2d 430 (1st Cir. 1982), à la p. 432, et *United States c. Kalish*, 690 F.2d 1144 (5th Cir. 1982), à la p. 1156.

Ce principe est illustré par la décision du juge Doherty, de la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *R. c. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379, où les deux accusés, Wiltse et Yarema, étaient inculpés de meurtre au premier degré. Chacun avait donné à la police un faux alibi, et le ministère public a tenté de se servir de ce mensonge pour prouver la conscience de culpabilité. Au procès, Wiltse a avoué avoir commis un homicide involontaire coupable, mais a nié avoir perpétré un

The Ontario Court of Appeal, applying *Arcangioli*, held that Wiltse's false alibi had no probative value with respect to the question of whether he was guilty of murder rather than manslaughter. With regard to Yarema, however, the situation was different. The Court noted that Yarema's false alibi was properly submitted to the jury to determine whether it reflected Yarema's participation in the homicide, which he denied, or in other illegal conduct, which he admitted.

This distinction provides some guidance as to when a "no probative value" instruction will be warranted, but it is not a formula. The result will always turn on the nature of the evidence in question and its relevance to the real issue in dispute. It is possible to imagine cases in which evidence of post-offence conduct could logically support a distinction between two levels of culpability for a single act, or between two offences arising from the same set of facts. By way of illustration, where the extent of the accused's flight or concealment is out of all proportion to the level of culpability admitted, it might be found to be more consistent with the offence charged. Post-offence conduct might also be relevant in cases where the accused has admitted to committing a physical act but asserts that the act was justified in some way; in those circumstances, an act of flight or concealment might constitute some evidence from which, along with other evidence, the jury could infer that the accused was conscious that he or she had committed a culpable act and had not, for example, acted in self-defence. See *Peavoy, supra*, at p. 241; *Jacquard, supra*, at p. 348.

It bears emphasizing that in these sorts of cases, while the evidence cannot be said to be irrelevant to the issue in dispute, it might still be withdrawn from the jury by the trial judge on the basis that it

meurtre. Pour sa part, Yarema a nié toute responsabilité à l'égard du meurtre. Appliquant l'arrêt *Arcangioli*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le faux alibi de Wiltse n'avait aucune valeur probante quant à la question de savoir s'il était coupable de meurtre plutôt que d'homicide involontaire coupable. Pour ce qui concerne Yarema, elle a jugé que la situation était différente. Elle a fait remarquer que la preuve relative au faux alibi de Yarema avait à juste titre été présentée au jury afin qu'il détermine si elle était l'indice de la participation de l'accusé à l'homicide, qu'il niait, ou à un autre acte illégal, qu'il reconnaissait.

Cette distinction jette quelque peu la lumière sur les circonstances dans lesquelles une directive portant qu'un élément de preuve n'a «aucune valeur probante» est justifiée, mais il ne s'agit pas d'appliquer une formule. Le résultat dépendra toujours de la nature de l'élément de preuve en cause et de sa pertinence relativement à la véritable question en litige. Il est possible d'imaginer des cas dans lesquels la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction pourrait logiquement étayer une distinction entre deux degrés de culpabilité à l'égard d'un même acte, ou entre deux infractions découlant d'un même ensemble de faits. À titre d'exemple, lorsque la fuite ou la dissimulation est démesurée par rapport au degré de culpabilité reconnu par l'accusé, on pourrait conclure que la preuve est davantage compatible avec la perpétration de l'infraction reprochée. Le comportement de l'accusé après l'infraction peut également être pertinent dans les cas où l'accusé reconnaît avoir commis un acte quelconque mais affirme qu'il était justifié d'une façon ou d'une autre; dans de telles circonstances, la fuite ou la dissimulation peut, de pair avec d'autres éléments de preuve, permettre au jury de conclure que l'accusé savait qu'il avait commis un acte coupable et n'a pas agi, par exemple, en état de légitime défense. Voir *Peavoy, précité*, à la p. 241; *Jacquard, précité*, à la p. 348.

Il importe de souligner que, dans ce genre d'affaire, même si la preuve ne peut être jugée non pertinente relativement à la question en litige, elle pourra être soustraite à l'examen du jury par le

is more prejudicial than probative. The same would be true in cases where two separate offences have been committed and the evidence of post-offence conduct provides scant basis for distinguishing between them. Such a decision would fall within the ordinary discretion of the trial judge, however, and would not be mandated by the result in *Arcangioli*.

The Present Appeals

34

In the present appeals, White and Côté denied any involvement in the murder for which they were charged. It was therefore their identities as the killers, and not their degree of guilt, which formed the issue in dispute at trial. With regard to that issue, the Crown introduced evidence of the appellants' departure from Ottawa shortly after the murder, along with other evidence indicating that that departure constituted flight from the area: i.e., the fact that the appellants remained away for more than ten days, missed parole meetings and failed to pick up a social assistance cheque; Côté's calls to inquire about "heat" in Ottawa and to instruct his landlord to pack up his belongings; White's comments to Corner that he needed a car and money to go away; and the appellants' commission of the two bank robberies. The Crown also introduced the appellants' flight from the police in Ottawa, and the fact that they had police scanners in their car. In addition, the Crown led evidence of concealment, including Corner's testimony that the appellants planned to get rid of the .22 calibre pistol, and White's attempt to dispose of that gun as he ran from the police in Ottawa.

35

As the Court of Appeal concluded, the foregoing evidence was relevant to the question of whether White and Côté had committed Chiu's murder. The appellants' admissions with respect to the parole violations and bank robberies did not

juge du procès parce qu'elle est plus préjudiciable qu'elle n'est probante. Il en irait de même dans le cas où deux infractions distinctes ont été perpétrées et où la preuve relative au comportement après l'infraction ne permet pas d'établir une distinction entre elles. Toutefois, une telle décision ressortirait au pouvoir discrétionnaire normalement conféré au juge du procès et ne serait pas dictée par l'arrêt *Arcangioli*.

Les présents pourvois

Dans les cas qui nous occupent, White et Côté nient toute participation au meurtre dont ils sont inculpés. La question en litige au procès était donc de savoir s'ils étaient les auteurs du meurtre et non quel était leur degré de culpabilité. À ce sujet, le ministère public a mis en preuve le départ des appelants d'Ottawa peu après le meurtre, ainsi que d'autres faits qui tendaient à établir que ce départ constituait une fuite des lieux du crime: l'absence des appelants qui sont restés à l'extérieur de la ville pendant plus de dix jours, les rendez-vous manqués avec le surveillant de libération conditionnelle et l'omission de prendre livraison d'un chèque d'aide-sociale, les appels téléphoniques faits par Côté pour savoir si «ça chauffait» à Ottawa et demander à son propriétaire de rassembler ses affaires, le fait que White a dit à Corner qu'il avait besoin d'une auto et d'argent pour s'en aller et la perpétration de deux vols qualifiés dans une banque par les appelants. Le ministère public a également mis en preuve la fuite des appelants face aux forces de l'ordre à Ottawa et le fait qu'ils avaient dans leur véhicule des récepteurs à balayage permettant de capter les fréquences de la police. Enfin, le ministère public a aussi présenté des éléments de preuve au sujet de la dissimulation, notamment le témoignage de Corner selon lequel les appelants avaient prévu se débarrasser du revolver de calibre .22 et la tentative de White de se débarrasser de l'arme pendant qu'il tentait d'échapper aux policiers à Ottawa.

Suivant la conclusion de la Cour d'appel, ces éléments de preuve étaient pertinents en ce qui concerne la question de savoir si White et Côté étaient les auteurs du meurtre de Chiu. Les aveux des appelants concernant l'inobservation des con-

alter that result. Accordingly, the trial judge was not required to instruct the jury that the evidence of the appellants' post-offence conduct had "no probative value" in this case.

C. *Standard of Proof for Evidence of Post-Offence Conduct*

In cases where a "no probative value" instruction is not required and the post-offence conduct of an accused is put before the jury, the trial judge should nevertheless provide an instruction regarding the proper use of that evidence. The purpose of such a charge is to counter the jury's natural tendency to leap from evidence of flight or concealment to a conclusion of guilt, and to ensure that alternative explanations for the accused's conduct are given full consideration. In particular, the trial judge should remind the jury that people sometimes flee or lie for entirely innocent reasons, and that even if the accused was motivated by a feeling of guilt, that feeling might be attributable to some culpable act other than the offence for which the accused is being tried. The jury should be instructed to keep these principles in mind when deciding how much weight, if any, to give such evidence in the final evaluation of guilt or innocence.

The jury charge in this case complied with those requirements, and the appellants do not claim that there was anything misleading about that charge so far as it went. It is contended, however, that the charge was insufficient because the trial judge did not specifically direct the jury to apply the criminal standard of proof to the evidence of the appellants' post-offence conduct.

It is the appellants' submission that the jury should have been told that unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants' post-offence conduct constituted flight or concealment, and moreover that those acts were motivated

conditions de leur libération conditionnelle et les vols de banque n'y changeaient rien. En conséquence, le juge du procès n'avait pas à préciser au jury que la preuve relative au comportement des appelants après l'infraction n'avait «aucune valeur probante» en l'espèce.

C. *La norme de preuve applicable au comportement postérieur à l'infraction*

Lorsqu'il n'est pas nécessaire de préciser dans les directives au jury qu'un élément de preuve n'a «aucune valeur probante» et que la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction est présentée au jury, le juge du procès doit néanmoins donner des directives au sujet de l'utilisation qui peut être faite de cette preuve. Une telle mise en garde vise à faire échec à la tendance naturelle des membres d'un jury à s'appuyer sur une preuve de fuite ou de dissimulation pour conclure immédiatement à la culpabilité; elle vise aussi à faire en sorte que les autres explications du comportement de l'accusé soient véritablement prises en considération. Plus particulièrement, le juge du procès doit rappeler au jury qu'il arrive que des gens fuient ou mentent pour des raisons parfaitement innocentes et que même si l'accusé était animé d'un sentiment de culpabilité, celui-ci pouvait être attribuable à un autre acte coupable que l'infraction pour laquelle il est jugé. Le jury doit être invité à garder à l'esprit ces principes au moment de déterminer quel poids il y a lieu d'accorder à cette preuve, le cas échéant, aux fins de l'appréciation définitive de la culpabilité ou non-culpabilité.

L'exposé au jury satisfait à ces exigences en l'espèce, et les appelants ne prétendent pas qu'en tant que tel il était de nature à induire les jurés en erreur. Ils soutiennent toutefois que les directives étaient insuffisantes parce que le juge du procès n'a pas expressément dit aux jurés d'appliquer la norme de preuve en matière criminelle à l'égard du comportement des appelants après l'infraction.

Les appelants soutiennent qu'il aurait fallu dire au jury que s'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que le comportement des appelants après l'infraction constituait une fuite ou une dissimulation et, qui plus est, que ces actes étaient

36

37

38

by the appellants' sense of culpability for Chiu's murder and not by some other explanation, the jury could draw no inference of guilt from the conduct, and must set it aside and proceed to consider the balance of evidence in the case. This kind of instruction has persisted as the subject of debate in the provincial Courts of Appeal and in other common-law jurisdictions. See *R. v. Burdick* (1975), 27 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (Ont. C.A.); *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.); *R. v. Smith* (1993), 31 B.C.A.C. 189; *R. v. Richens*, [1993] 4 All E.R. 877 (C.A.) (calling for such a charge); *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.) (rejecting or casting doubt on the charge). Most recently, the British Columbia Court of Appeal approved of such a charge in *Poirier, supra*, and the Ontario Court of Appeal followed suit in *Court, supra*.

motivés par le sentiment de culpabilité qu'ils éprouvaient pour le meurtre de Chiu et non par autre chose, il ne pouvait pas conclure à la culpabilité en se fondant sur le comportement mis en preuve, mais devait plutôt écarter cet élément et examiner le reste de la preuve en l'espèce. Ce genre de directive continue de susciter la controverse dans les cours d'appel provinciales et dans d'autres juridictions de common law. Voir *R. c. Burdick* (1975), 27 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.); *R. c. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (C.A. Ont.); *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.); *R. c. Smith* (1993), 31 B.C.A.C. 189; *R. c. Richens*, [1993] 4 All E.R. 877 (C.A.) (prônant une telle directive); *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), conf. [1985] 2 R.C.S. 485; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.) (rejetant une telle directive ou exprimant des doutes à son sujet). Plus récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a approuvé une telle directive dans *Poirier*, précité, et la Cour d'appel de l'Ontario a fait de même dans *Court*, précité.

39

In the case at bar, the Court of Appeal overruled its prior decision in *Court* and upheld the validity of the instruction given by the trial judge. I agree with that conclusion and would dismiss that ground of appeal. It is settled that the criminal standard of proof applies only to the jury's final determination of guilt or innocence and is not to be applied to individual items or categories of evidence: *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748, at pp. 759-61; *Morin, supra*, at p. 354. It is improper for the jury to divide their deliberations into separate stages; their verdict must be based on the record as a whole, not merely on items of evidence which have previously been established beyond a reasonable doubt: *Morin*, at p. 360. The kind of charge argued for by the appellants is facially inconsistent with these principles, and no persuasive reason has been advanced which would justify creating an exception for evidence of post-offence conduct. The trial judge in this case

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a renversé la décision qu'elle avait rendue dans l'arrêt *Court* et a confirmé la validité des directives données par le juge du procès. Je suis d'accord avec cette conclusion et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. Il est bien établi que la norme de preuve en matière criminelle ne s'applique qu'à l'égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement: *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748, aux pp. 759 à 761, et *Morin*, précité, à la p. 354. Il est inapproprié pour le jury de scinder ses délibérations en étapes distinctes; son verdict doit se fonder sur l'ensemble de la preuve, et non seulement sur les éléments qui ont déjà été prouvés hors de tout doute raisonnable: *Morin*, à la p. 360. Le type de directive préconisé par les appelants est de prime abord incompatible avec ces principes, et aucun motif convaincant n'a été avancé pour justifier que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction fasse l'objet d'une exception. En l'espèce, le juge du procès n'avait pas à donner une

was not required to give such a charge and indeed he would have been in error had he done so.

The basic principles governing this case were stated by Sopinka J. for a majority of this Court in *Morin, supra*. At issue in *Morin* was a jury charge concerning three types of evidence: hairs and fibres found in the accused's car, comments by the accused to an undercover officer named Hobbs, and a confession to a cell-mate. Of particular relevance here were the comments to Hobbs, which included the statement "I . . . red rum the innocent" as well as the accused's remark that he had a "monk's mind" in which he could confine his thoughts in separate compartments. At trial, the Crown contended that these somewhat obscure comments to Hobbs, along with the other tendered items, constituted circumstantial evidence of guilt. The accused testified and sought to place an innocent interpretation on his statements. The trial judge's charge with respect to this evidence is set out by Sopinka J. at p. 355 of his reasons, beginning with the following general instruction:

You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there is no denial of it. If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of that doubt to the accused with respect to such evidence. Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict. [Emphasis added by Sopinka J.]

The trial judge in *Morin* then turned to each category of evidence individually. He instructed the jury that the evidence of hairs and fibres had only limited probative value and did not constitute proof beyond a reasonable doubt. With respect to the accused's statements to Hobbs, the judge said:

[I]f you find that the evidence of the accused at trial here represents the correct interpretation of those tapes and transcripts, or parts of the tapes and transcripts, or if you have a reasonable doubt that that might be so, you will give him the benefit of the doubt as to those parts of the tapes or transcripts and adopt his interpretation.

telle directive et, qui plus est, il aurait eu tort de le faire.

Les principes fondamentaux qui s'appliquent en l'espèce ont été énoncés par le juge Sopinka au nom de la majorité des juges de notre Cour dans l'arrêt *Morin*, précité. Dans cette affaire, l'exposé au jury portait sur trois types de preuve: les cheveux et les fibres trouvés dans l'auto de l'accusé, des déclarations de ce dernier à un agent secret dénommé Hobbs et l'aveu à un compagnon de cellule. Les déclarations faites par l'accusé à Hobbs sont particulièrement pertinentes en l'espèce. L'accusé avait entre autres affirmé qu'il avait [TRADUCTION] «assassiné l'innocent» et que, grâce à son [TRADUCTION] «cerveau de bénédictin», il pouvait classer ses pensées dans des compartiments distincts. Au procès, le ministère public a soutenu que ces remarques plutôt obscures, jumelées aux autres éléments présentés, constituaient une preuve circonstancielle de culpabilité. L'accusé a témoigné et tenté de donner une interprétation innocente à ses déclarations. À la p. 355 de ses motifs, le juge Sopinka cite l'exposé au jury relatif à cet élément de preuve, qui débute par la directive générale suivante:

[TRADUCTION] Vous n'êtes pas tenus d'accepter une partie quelconque de la déposition d'un témoin seulement parce qu'elle n'a pas été niée. Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accorderez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict. [Souligné par le juge Sopinka.]

Le juge du procès a ensuite abordé chacune des catégories de preuve individuellement. Il a indiqué au jury que la preuve constituée des cheveux et des fibres n'avait qu'une valeur probante limitée et qu'il ne s'agissait pas d'une preuve hors de tout doute raisonnable. Quant aux déclarations de l'accusé à Hobbs, le juge a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] [S]i vous concluez que le témoignage de l'accusé à ce procès constitue la bonne interprétation de ces bandes et de ces transcriptions, ou de parties de celles-ci, ou si vous avez un doute raisonnable que ce pourrait être le cas, vous lui accorderez le bénéfice du doute quant à ces parties des bandes ou transcriptions et vous adopterez son interprétation.

An essentially identical charge was given with respect to the evidence of the accused's statements to his cell-mate.

41

Sopinka J. found, at p. 358, that the foregoing instructions were erroneous because they encouraged the jury to isolate certain items of evidence and to evaluate them piecemeal against the criminal standard of proof:

The effect of the misdirections referred to above may very well have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the accused without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded as not measuring up to the test. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. We cannot know for certain, but this scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

That error was compounded in *Morin* by the fact that the judge's instructions invited the jury to adopt a two-stage analysis in their deliberations, i.e., an initial "fact finding" stage in which items of evidence were to be rejected if not proven beyond a reasonable doubt, and then a "verdict" stage in which guilt or innocence was to be determined on the basis of whatever pieces of evidence remained. Sopinka J. rejected this approach at pp. 360-61:

The argument in favour of a two-stage application of the criminal standard has superficial appeal in theory but in my respectful opinion is wrong in principle and unworkable in practice. In principle it is wrong because the function of a standard of proof is not the weighing of individual items of evidence but the determination of ultimate issues. Furthermore, it would require the individual member[s] of the jury to rely on the same facts in order to establish guilt. The law is clear that the members of the jury can arrive at their verdict by different routes and need not rely on the same facts. Indeed the jurors need not agree on any single fact except the ultimate conclusion. [Citations omitted.]

Une directive identique pour l'essentiel a été donnée au sujet de la preuve des déclarations de l'accusé à son compagnon de cellule.

À la p. 358, le juge Sopinka a conclu que les directives précitées étaient erronées parce qu'elles incitaient le jury à considérer certains éléments de façon isolée et à évaluer la preuve élément par élément selon la norme de preuve en matière criminelle:

Il est très possible que ces directives erronées aient amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'accusé sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve auraient pu être écartés parce qu'ils ne résistaient pas au test. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. On ne peut en être certain, mais c'est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

À cette erreur s'ajoutait le fait que le juge du procès dans *Morin* avait invité le jury à recourir à une analyse en deux étapes pendant ses délibérations, soit une étape préliminaire de «recherche des faits», pendant laquelle les éléments de preuve qui ne satisfaisaient pas à la norme hors de tout doute raisonnable devaient être rejetés, puis l'étape du «verdict», où les jurés devaient se prononcer sur la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé en se fondant sur les éléments de preuve restants. Le juge Sopinka a rejeté cette démarche aux pp. 360 à 361:

L'argument en faveur d'une application en deux étapes de la norme en matière criminelle a un attrait superficiel en théorie, mais, à mon humble avis, il est mal fondé en principe et irréalisable en pratique. Il est mal fondé en principe parce que la fonction de la norme de preuve n'est pas de soupeser chaque élément de preuve mais de décider des questions fondamentales. De plus, cela obligerait chaque juré à s'appuyer sur les mêmes faits afin d'établir la culpabilité. Il est clair en droit que les jurés peuvent arriver à leur verdict par des chemins différents sans avoir à se fonder sur les mêmes faits. Et même, il n'est pas nécessaire que les jurés soient d'accord sur chaque fait individuel, pourvu qu'ils le soient sur la conclusion finale. [Citations omises.]

In practice it is not practical not only because the jury would have to agree on the same facts but what individual facts prove. Individual facts do not necessarily establish guilt but are a link in the chain of ultimate proof. It is not possible therefore to require the jury to find facts proved beyond a reasonable doubt without identifying what it is that they prove beyond a reasonable doubt. Since the same fact may give rise to different inferences tending to establish guilt or innocence, the jury might discard such facts on the basis that there is doubt as to what they prove. [Emphasis in original.]

While the charge may and often does include many helpful tips on the weighing of evidence . . . , the law lays down only one basic requirement: during the process of deliberation the jury or other trier of fact must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt.

After considering the effect of the trial judge's errors, Sopinka J. concluded at p. 375 that because the jury may have been led to subject individual items of evidence to the standard of proof beyond a reasonable doubt, "the whole process of decision was distorted and there has not been a proper trial of the appellant". Accordingly, the appeal was dismissed.

Application to the Case at Bar

The decision in *Morin* is not on all fours with the present appeals since it dealt with admissions and inculpatory statements, which do not necessarily present the same risk of jury error as the more ambiguous evidence of post-offence conduct. Nevertheless, the items of evidence at issue in *Morin* — particularly the accused's comments to Hobbs — are analogous to the evidence of flight and concealment in these appeals, and the general principles enunciated in *Morin* are equally applicable here. The inherent difficulty involved in distinguishing between different types of circumstantial evidence only reinforces the holding in *Morin* that jury deliberations are somewhat holistic in nature

En réalité ce n'est pas pratique non seulement parce que le jury devrait être d'accord sur les mêmes faits mais sur ce que chaque fait pris isolément prouve. Chaque fait pris isolément n'établit pas nécessairement la culpabilité mais constitue un maillon de la chaîne de la preuve ultime. Il n'est donc pas possible d'obliger le jury à chercher des faits prouvés hors de tout doute raisonnable sans identifier ce qu'effectivement ils prouvent hors de tout doute raisonnable. Puisque le même fait peut entraîner des déductions différentes tendant à établir la culpabilité ou l'innocence, le jury pourrait écarter ces faits étant donné qu'il existe un doute sur ce qu'ils prouvent. [Souligné dans l'original.]

Bien que l'exposé puisse contenir et contienne souvent de nombreuses suggestions utiles pour apprécier la preuve, [. . .] le droit n'impose qu'une seule exigence fondamentale: pendant les délibérations, le jury ou un autre juge des faits doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Après s'être penché sur l'incidence des erreurs commises par le juge du procès, le juge Sopinka a conclu, à la p. 375, que le jury ayant pu être incité à soumettre chacun des éléments de preuve à la norme hors de tout doute raisonnable, «tout le processus de décision a été faussé et l'appelant n'a pas eu un procès régulier». Le pourvoi a donc été rejeté.

Application à la présente espèce

La décision rendue dans l'affaire *Morin* ne résout pas entièrement les pourvois dont nous sommes saisis étant donné qu'elle portait sur des aveux et des déclarations inculpatives, lesquels ne comportent pas nécessairement le même risque d'erreur de la part du jury que la preuve plus ambiguë du comportement postérieur à l'infraction. Néanmoins, les éléments de preuve en cause dans l'affaire *Morin* — en particulier les remarques de l'accusé à Hobbs — sont analogues à la preuve relative à la fuite et à la dissimulation offerte dans les cas qui nous occupent, et les principes généraux énoncés dans l'arrêt *Morin* s'appliquent également aux présents pourvois. La difficulté inhérente à l'établissement d'une distinction entre différents types de preuve circonstancielle ne

and should not be broken down in relation to individual pieces or categories of evidence.

43

The instruction argued for by the appellants in this case would require a jury to evaluate individual items of evidence at the outset of their deliberations, and to exclude those items from further consideration unless they are satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown's interpretation of that evidence is correct. It would require the jury to give the benefit of the doubt to the defence on every item of after-the-fact evidence. That is precisely the kind of approach that was rejected by Sopinka J. in *Morin*. Post-offence conduct, like any evidence, takes on its full significance and probative value only in the context of the other evidence in the case. Evaluated in a piecemeal fashion, the evidence of post-offence conduct may not allow a jury to conclude beyond a reasonable doubt what the motivation of the accused was for his or her actions. However, in conjunction with all the other evidence in the case, it may indeed assist the jury in determining whether a reasonable doubt exists with respect to guilt or innocence. If such evidence is rejected at the outset of deliberations, the cumulative effect of the record will be lost, and the accuracy of the verdict may be compromised.

44

This principle was illustrated in *Bouvier, supra*, in which the Ontario Court of Appeal considered a jury charge relating to identification evidence. The trial judge in that case had instructed the jury that they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the visual identification of the accused by the complainant and a second witness had been accurate. Martin J.A., writing for the court, noted that the record contained other important pieces of circumstantial evidence — in particular the fact that a car bearing the accused's licence number had been seen near the scene of the crime — and he concluded that the trial judge's instruction may have

fait que confirmer la conclusion, dans l'arrêt *Morin*, que les délibérations du jury revêtent en quelque sorte un caractère global et ne devraient pas être fragmentées en fonction d'éléments ou de catégories de preuve considérés individuellement.

La directive préconisée en l'espèce par les appelants exigerait du jury qu'il évalue des éléments de preuve donnés au début de ses délibérations et les exclue de tout examen ultérieur à moins qu'il ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable de la justesse de l'interprétation de cette preuve par le ministère public. Le jury devrait en outre accorder le bénéfice du doute à la défense à l'égard de chaque élément de preuve relatif au comportement après le fait. C'est précisément ce genre de démarche que le juge Sopinka a rejeté dans l'arrêt *Morin*. La preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, comme toute autre preuve, prend tout son sens et acquiert sa pleine valeur probante seulement lorsqu'elle est appréciée au regard des autres éléments de preuve présentés dans une affaire. Examinée élément par élément, il se peut que la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction ne permette pas au jury de déterminer hors de tout doute raisonnable quelle était la motivation des actes de l'accusé. Toutefois, considérée de pair avec tous les autres éléments de preuve, elle peut de fait aider le jury à déterminer si la culpabilité de l'accusé soulève ou non un doute raisonnable. Le rejet d'une telle preuve au début des délibérations fait perdre au dossier son effet cumulatif et peut compromettre la justesse du verdict.

Ce principe est illustré par l'arrêt *Bouvier*, précité, où la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur un exposé au jury relatif à une preuve d'identification. Dans cette affaire, le juge du procès a dit au jury qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que le plaignant et un deuxième témoin avaient bien identifié l'accusé visuellement. S'exprimant au nom de la cour, le juge Martin a fait remarquer que le dossier renfermait d'autres éléments importants de preuve circonstancielle — le fait, entre autres, qu'une auto immatriculée au nom de l'accusé avait été aperçue près des lieux du crime — et il a conclu que les directives

encouraged the jury to consider each of those items separately rather than in a cumulative manner. He stated at p. 272:

The jury might not be satisfied beyond a reasonable doubt on either the visual identification or the licence number standing alone, but viewed together, the one in relation to the other, those pieces of evidence might satisfy them beyond a reasonable doubt that the respondent was the assailant.

Similarly, the case against White and Côté consisted of several types of circumstantial evidence other than the evidence of post-offence conduct. The Crown introduced evidence seeking to establish:

- (1) that the two guns used to kill Chiu were in the possession of the appellants both before and after the murder;
- (2) that the appellants admitted to Corner that they had “snuffed” somebody in Ottawa and in particular that they had shot somebody to death with a shotgun and a pistol; and
- (3) that the appellants had the opportunity to kill Chiu, who was last seen alive with them just hours before they were seen at a party without him.

The meaning of each of these areas of evidence was necessarily shaped by the others. In particular, the appellants’ statements to Corner might well have made it easier for the jury to conclude that the appellants’ flight from Ottawa and from the police was motivated by their involvement in the murder of Chiu rather than by some other explanation. Equally, the evidence of the appellants’ flight and concealment may have been used by the jury to corroborate the appellants’ statements to Corner and to support the drawing of an incriminating inference from the other circumstantial evidence in the case. As in *Morin* and *Bouvier*, each item of evidence in this case, taken individually, constituted only part of the picture. It was only when viewed together that the evidence could reliably

du juge du procès ont pu inciter le jury à considérer chacun de ces éléments de façon séparée plutôt que cumulative. Voici ce qu’il dit à la p. 272:

[TRADUCTION] Le jury peut ne pas être convaincu hors de tout doute raisonnable par la seule preuve d’identification visuelle ou le seul numéro d’immatriculation, mais considérés ensemble, en liaison l’un avec l’autre, ces éléments de preuve sont susceptibles de le convaincre hors de tout doute raisonnable que l’intimé était l’agresseur.

De même, dans le cas de White et de Côté, le dossier de la poursuite renferme plusieurs types de preuve circonstancielle outre la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction. Le ministère public a en effet présenté des éléments de preuve pour établir ce qui suit:

- (1) les deux armes à feu utilisées pour abattre Chiu étaient en la possession des appelants avant et après le meurtre;
- (2) les appelants ont avoué à Corner avoir «zigouillé» quelqu’un à Ottawa et, en particulier, avoir abattu quelqu’un avec un fusil de chasse et un revolver;
- (3) les appelants ont eu la possibilité d’abattre Chiu, ce dernier ayant été vu vivant pour la dernière fois en leur compagnie quelques heures seulement avant qu’ils ne se présentent sans lui à une réception.

La portée de chacune de ces composantes de la preuve était nécessairement modulée par les autres. Plus particulièrement, les déclarations des appelants à Corner ont très bien pu faciliter la conclusion, par le jury, que la fuite des appelants d’Ottawa et leur tentative d’échapper aux policiers étaient motivées par leur participation au meurtre de Chiu, et non par autre chose. De même, le jury a pu estimer que la preuve relative à la fuite et à la dissimulation corroborait les déclarations des appelants à Corner et étayait une conclusion incriminante tirée à partir des autres éléments de preuve circonstancielle. Comme dans les affaires *Morin* et *Bouvier*, chacun des éléments de preuve présentés en l’espèce constitue, individuellement, une partie seulement du tableau. Ce n’est que vue dans son

support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt.

46 The appellants concede that as a general rule the criminal standard of proof does not apply to individual pieces of evidence. They contend, however, that because post-offence conduct can give rise to an inference that is tantamount to a finding of guilt itself, such conduct is unlike other kinds of circumstantial evidence and should benefit from an exception to the rule in *Morin*. Specifically, the appellants assert that an act of flight or concealment is not probative of guilt unless the jury is satisfied that the act was motivated by the accused's awareness of having committed the offence in question; but they point out that once the jury has drawn such an inference of "guilty consciousness", it follows as a matter of logic that the accused must in fact be guilty, unless he or she was somehow mistaken or delusional about having committed the crime. Because of this danger, the appellants contend that the jury should be required to apply the same standard of proof to its evaluation of post-offence conduct as it would apply to the ultimate issue of guilt, i.e., proof beyond a reasonable doubt.

47 That argument is not persuasive. There is no principled basis for the claim that evidence of after-the-fact conduct is substantively different from other kinds of circumstantial evidence, or that it should be accorded special status during jury deliberations. Other types of highly incriminating evidence which present essentially the same kinds of risks do not receive such treatment. In particular, a pretrial oral admission of guilt, which, as the Court of Appeal observed at p. 26, "goes more directly to the ultimate issue than circumstantial evidence of consciousness of guilt", is not subject to a separate reasonable doubt analysis: *Stewart, supra*, at pp. 759-61; *Minhas, supra*, at p. 210. As Weiler J.A. observed in *Peavoy, supra*, at p. 237, "[t]here is nothing magical or unique about evidence of after-the-fact conduct." It is

ensemble que la preuve peut véritablement appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Les appelants reconnaissent qu'en règle générale, la norme de preuve en matière criminelle ne s'applique pas à chaque élément de preuve. Ils soutiennent cependant que, comme elle est susceptible de mener à une conclusion équivalant à un verdict de culpabilité, la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction se distingue des autres types de preuve circonstancielle et devrait faire l'objet d'une exception à la règle établie dans l'arrêt *Morin*. Les appelants font valoir en particulier que la fuite ou la dissimulation n'est probante à l'égard de la culpabilité que si le jury est convaincu que celle-ci était motivée par la conscience des accusés d'avoir perpétré l'infraction reprochée. Ils ajoutent toutefois que dès que le jury tire une conclusion de «conscience de culpabilité», il s'ensuit logiquement que l'accusé doit de fait être coupable, à moins que celui-ci ne se soit trompé ou n'ait été le jouet d'une illusion quelconque en ce qui a trait à la perpétration du crime. À cause de ce risque, les appelants soutiennent que le jury devrait être tenu d'appliquer la même norme de preuve pour évaluer le comportement postérieur à l'infraction que pour trancher la question ultime de la culpabilité, c.-à-d. la norme hors de tout doute raisonnable.

Cet argument n'est pas convaincant. La thèse voulant que la preuve relative au comportement après le fait diffère substantiellement des autres sortes de preuve circonstancielle ne repose sur aucun principe non plus que l'argument voulant qu'elle bénéficie d'un statut particulier lors des délibérations du jury. D'autres types de preuve très incriminants, qui comportent essentiellement les mêmes risques, ne font pas l'objet d'un traitement spécial. Plus particulièrement, l'aveu de culpabilité fait de vive voix avant le procès, qui, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel à la p. 26, [TRADUCTION] «a une incidence plus directe sur la question ultime que la preuve circonstancielle de la conscience de culpabilité», ne fait pas l'objet d'une analyse distincte selon la norme hors de tout doute raisonnable: *Stewart*, précité, aux pp. 759 à 761;

simply some evidence which is to be considered and weighed by the jury, together with the rest of the evidence, in deciding whether the accused is guilty or innocent. The fact that such evidence may by its nature be compelling and inculpatory does not have the effect of modifying the evidentiary threshold required by criminal law — namely, that all the evidence, when considered together, must give rise to proof beyond a reasonable doubt.

It is true that a jury may regard an act of flight or concealment as an admission of guilt by conduct, and there is a danger that such evidence could lead a jury to leap erroneously to a conclusion of guilt. As explained below, however, the proper remedy for that danger is not the imposition of a separate burden of proof, but rather an instruction to the jury to be cautious about drawing an incriminatory inference from such evidence and a reminder that all the evidence in the case must be considered.

As a practical matter, if the trial judge invoked the criminal standard of proof as a threshold test for using evidence of post-offence conduct, there would be a risk of confusing the jury and inviting them to short-circuit their deliberations. If the jury determined beyond a reasonable doubt that the accused fled or lied because he or she was aware of having committed the crime charged, they would be less likely to give full consideration to the rest of the evidence. If, on the other hand, the jury failed to determine the motivation of the accused to such a high standard of proof, they would be forced to exclude the evidence of post-offence conduct, which might otherwise be useful in the context of the case as a whole. In either case, the verdict is likely to be reached on the basis of less than all the evidence.

The appellants submit, in the alternative, that it is permissible for a jury to apply the reasonable

Minhas, précité, à la p. 210. Comme l'a signalé le juge Weiler, dans l'arrêt *Peavoy*, précité, à la p. 237, [TRADUCTION] «[l]a preuve du comportement après le fait n'a rien de magique ni d'exceptionnel.» Il s'agit simplement d'une preuve que le jury doit examiner et soupeser de pair avec les autres éléments de preuve pour déterminer si l'accusé est coupable ou innocent. Le fait qu'une telle preuve, de par sa nature, puisse être irrésistible ou inculpatoire, n'entraîne pas la modification des exigences auxquelles il faut satisfaire en matière de preuve pénale, savoir que tous les éléments de preuve, considérés dans leur ensemble, doivent établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Il est vrai que le jury peut assimiler la fuite ou la dissimulation à un aveu de culpabilité et qu'un tel élément de preuve peut l'inciter à tort à conclure immédiatement à la culpabilité. Comme je l'explique ci-dessous, toutefois, la solution ne consiste pas à prévoir un fardeau de preuve distinct, mais bien à mettre le jury en garde contre le danger de tirer une conclusion incriminante à partir d'une telle preuve et à lui rappeler qu'il faut tenir compte de tous les éléments de preuve présentés.

En pratique, s'il indiquait que toute preuve relative au comportement postérieur à l'infraction doit satisfaire à la norme de preuve en matière criminelle pour être utilisée, le juge du procès risquerait de semer la confusion au sein du jury et d'inciter ce dernier à court-circuiter ses délibérations. S'il arrivait à la conclusion hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'est enfui ou a menti parce qu'il se savait coupable du crime reproché, le jury serait moins enclin à tenir vraiment compte du reste de la preuve. Si, par contre, le jury ne parvenait pas à déterminer la motivation de l'accusé en fonction d'une norme de preuve aussi rigoureuse, il serait contraint d'exclure la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, laquelle aurait pu être utile par ailleurs dans le cadre de l'affaire considérée dans son entier. Dans l'un ou l'autre cas, le verdict est susceptible de ne pas être rendu à partir de tous les éléments de preuve présentés.

Les appelants font valoir subsidiairement qu'il est loisible au jury d'appliquer la norme hors de

48

49

50

doubt standard to specific items of evidence provided they do so in light of the evidence as a whole, rather than in isolation. In their view, *Morin* stands for the limited proposition that individual items of evidence must not be assessed in a “piecemeal” fashion. They submit that this Court’s decision in *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, “refined” that holding and made clear that the jury may apply the criminal standard of proof when deciding whether to accept or reject a particular piece of evidence, as long as they do not lose sight of the larger evidentiary context in the process.

51

MacKenzie is distinguishable from these appeals and does not defeat the applicability of *Morin*. In *MacKenzie*, the accused had made an out of court admission and then sought to place an innocent interpretation on that statement at trial. The case therefore dealt with a conflict between two facially inconsistent pieces of evidence going to the crucial issue in the case. The trial judge instructed the jury that they should consider both the admission and the subsequent testimony of the accused in light of all the evidence before them; if they accepted the testimony as true, or if they had a reasonable doubt about it being true, they should reject the earlier admission relied upon by the Crown. On appeal, this Court held that the jury charge was not improper. La Forest J., for the majority, stated at pp. 236-37:

As a final general comment, it is important to keep in mind just what MacIntosh J. was striving to achieve in these impugned passages. The contradiction between the accused’s out-of-court statement and his testimony at trial was a key issue in the case, and the trial judge was entitled, in his review of the evidence, to give hints to the jury on how to assess such important issues: see *Morin* at p. 361. MacIntosh J. suggested that the jury focus on the two statements, and pointed out that as a matter of logic the two could not coexist. In my view his suggestion that one of the statements must be “rejected”, couched as it was with the proviso that all of the other evidence must be taken into account, in no way prejudiced the Crown.

tout doute raisonnable à des éléments de preuve précis, à la condition qu’il le fasse à la lumière de la preuve dans son ensemble, plutôt que de façon isolée. Selon eux, l’arrêt *Morin* établit seulement que la preuve ne doit pas être examinée «élément par élément». Ils affirment que la décision rendue par notre Cour dans l’affaire *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, a «raffiné» cette conclusion et précisé que le jury peut appliquer la norme de preuve en matière criminelle lorsqu’il est appelé à accepter ou à rejeter un élément de preuve en particulier, à la condition qu’il ne perde pas de vue l’ensemble de la preuve.

Une distinction peut être établie entre l’arrêt *MacKenzie* et les présents pourvois, et cet arrêt ne fait pas obstacle à l’applicabilité de l’arrêt *Morin*. Dans l’affaire *MacKenzie*, l’accusé avait fait un aveu extrajudiciaire, puis avait tenté de lui donner une interprétation innocente lors du procès. Le jury s’est donc trouvé aux prises avec deux éléments de preuve de prime abord contradictoires ayant une incidence sur la question fondamentale en cause. Le juge du procès a dit au jury qu’il devait examiner tant l’aveu que le témoignage subséquent de l’accusé, à la lumière de l’ensemble de la preuve; s’il tenait le témoignage pour véridique ou s’il avait un doute raisonnable à ce sujet, il devait écarter l’aveu antérieur mis en preuve par le ministère public. En appel, notre Cour a conclu que l’exposé au jury n’était pas inapproprié. Au nom de la majorité, le juge La Forest a dit ce qui suit aux pp. 236 et 237:

En guise de dernière remarque d’ordre général, il importe de ne pas oublier quelle était, dans les passages contestés, l’intention du juge MacIntosh. Une des questions clés de l’affaire était la contradiction entre la déclaration extrajudiciaire de l’accusé et son témoignage au procès, et le juge du procès était justifié, en passant en revue la preuve, de faire des suggestions quant à la façon d’apprécier une question d’une telle importance; voir l’arrêt *Morin*, à la p. 361. Le juge MacIntosh a invité le jury à s’attarder aux deux déclarations, soulignant qu’en toute logique les deux ne pouvaient coexister. À mon avis, le fait qu’il ait dit que l’une d’elles devait être «rejetée», tout en soulignant la nécessité de tenir compte de tous les autres éléments de preuve, n’a d’aucune façon porté préjudice au ministère public.

With respect to *Morin*, La Forest J. stated at p. 239:

I do not view this discretion of a trial judge to instruct on “rejecting” evidence as some exception to, or modification of this Court’s disapproval of a two-stage process of evaluating evidence. Rather, it is merely a reflection of the reality of jury deliberations — on important items of evidence the jury may require guidance on how to approach its task. As in this case, where a statement by an accused at trial is entirely at odds with a previous out-of-court statement by the accused, and the jury believes the statement at trial, or is left in reasonable doubt that it is true, then the jury must reject the out-of-court statement; the accused must be given the benefit of the doubt. In arriving at that conclusion, the jury should, of course, give consideration to the evidence as a whole.

MacKenzie pointedly does not provide that a jury may sift through the evidence and reject any item that is not proven beyond a reasonable doubt. Unlike *Morin*, *MacKenzie* dealt with the credibility of conflicting statements going directly to the ultimate issue in dispute. The jury’s decision to believe or disbelieve the statement relied upon by the Crown necessarily amounted to choosing between the two competing theories of the case. In those limited circumstances, it was held that the trial judge could instruct the jury not to believe the Crown’s evidence if, in light of the case as a whole, including the contrary testimony of the accused, they had a reasonable doubt that the evidence was true. As La Forest J. noted at p. 240, quoting Freeman J.A. in the judgment below:

The ordinary meaning of “reject” is to refuse to accept, and on the whole of the charge there is no reason to conclude the jury would have understood it in any other sense. In that light if the jury understood they were to refuse to accept the statement as proof of the event it described until they were satisfied of the guilt of the accused on the whole of the evidence including the statement, I can see no difficulty. [Emphasis added.]

Au sujet de l’arrêt *Morin*, le juge La Forest a ajouté, à la p. 239:

À mon avis, reconnaître au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de donner une directive sur le «rejet» d’une preuve ne constitue pas une exception ou une modification par rapport à la désapprobation que notre Cour a manifestée relativement au processus d’appréciation de la preuve en deux étapes. C’est simplement reconnaître comment se déroulent, en réalité, les délibérations d’un jury, savoir que sur des questions importantes de preuve, il peut avoir besoin de conseils sur la façon d’accomplir sa tâche. Comme en l’espèce, où la déclaration que l’accusé a faite au procès est aux antipodes d’une déclaration extrajudiciaire antérieure, si le jury croit la déclaration faite au procès, ou qu’il subsiste dans son esprit un doute raisonnable à son sujet, il doit alors rejeter la déclaration extrajudiciaire; l’accusé doit recevoir le bénéfice du doute. Pour arriver à cette conclusion, le jury doit, naturellement, prendre en considération la preuve dans son ensemble.

À l’évidence, notre Cour ne dit pas dans l’arrêt *MacKenzie* que le jury peut passer la preuve au crible et rejeter tout élément qui n’est pas prouvé hors de tout doute raisonnable. À la différence de l’arrêt *Morin*, la décision rendue dans l’affaire *MacKenzie* portait sur la crédibilité de déclarations contradictoires ayant une incidence directe sur la question à trancher ultimement. La décision du jury d’ajouter foi ou non à la déclaration mise en preuve par le ministère public revenait nécessairement à opter pour l’une ou l’autre des thèses avancées en l’espèce. Dans ces circonstances bien particulières, notre Cour a statué que le juge du procès pouvait dire aux membres du jury de ne pas ajouter foi à la preuve du ministère public si, à la lumière de la preuve dans son ensemble, y compris le témoignage contraire de l’accusé, un doute raisonnable subsistait dans leur esprit quant à la véracité de la preuve. À la p. 240, le juge La Forest cite le juge Freeman de la Section d’appel:

[TRADUCTION] Au sens ordinaire, «rejeter» signifie refuser d’accepter et, si l’on en juge par l’exposé dans son ensemble, rien ne permet de conclure que le jury aurait pu l’interpréter autrement. Dans cet esprit, si le jury a compris qu’il devait refuser d’accepter la déclaration comme preuve des événements qu’elle relate tant qu’il n’était pas convaincu de la culpabilité de l’accusé d’après l’ensemble de la preuve, y compris la déclaration, je ne vois aucune difficulté. [Je souligne.]

This approach is consistent with the principle, enunciated in prior decisions of this Court, that where there is a question of credibility between defence and Crown evidence on a vital issue, the jury should be told to consider the record as a whole and to give the benefit of the doubt to the accused's version of events, rather than simply choosing the more believable of the two accounts: *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, at pp. 572-73; *Morin, supra*, at p. 362; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 749-50. Given the dispositive nature of the evidence in question, there is little risk that such an instruction would be misleading, since a jury would ultimately have to apply the criminal standard to the evidence in any event by virtue of the general instructions regarding the burden of proof. Therefore, although the instruction does focus the jury's attention on two pieces of evidence, in its effect it is not much different from telling them that if all the evidence in the case raises a reasonable doubt in their minds about the guilt of the accused, they must acquit.

Cette analyse est compatible avec le principe établi dans certaines décisions antérieures de notre Cour et selon lequel, lorsque se pose une question de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge sur un point crucial, le jury devrait recevoir comme directive d'examiner le dossier dans son ensemble et d'accorder le bénéfice du doute à l'accusé et à sa version des faits, plutôt que d'opter simplement pour la plus crédible des deux thèses: voir *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, aux pp. 572 et 573; *Morin*, précité, à la p. 362; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, aux pp. 749 et 750. Vu le caractère déterminant de la preuve en question, une telle directive est peu susceptible d'induire le jury en erreur, car il devra, quoi qu'il advienne, ultimement appliquer la norme de preuve en matière criminelle suivant la directive générale concernant le fardeau de la preuve. Par conséquent, même si la directive attire l'attention du jury sur deux éléments de la preuve, dans les faits, elle équivaut sensiblement à dire aux jurés que si l'ensemble de la preuve soulève un doute raisonnable dans leur esprit quant à la culpabilité de l'accusé, ils doivent prononcer un acquittement.

53 It makes no sense to extend the reasoning of *MacKenzie* to a case where, as here (and in *Morin*), the Crown has introduced items of circumstantial evidence that are subject to different interpretations and are not individually crucial to the determination of the ultimate issue. It will always be error for the trial judge to instruct a jury to apply a reasonable doubt standard to such evidence, even if the instruction is couched in terms of the record as a whole. The facts of this appeal provide an example of how such a charge can undermine the deliberation process. The appellants contend that the jury should have been instructed not to rely on any evidence of post-offence conduct in this case unless they could first draw the inference — beyond a reasonable doubt and on the basis of all the other evidence in the case — that such conduct was motivated by the appellants' awareness that they had killed Chiu and their desire to escape detection for that crime. In making that determination, the jury would have had to weigh not only the evidence of the bank robberies and parole violations, but also the evidence of the

Il est illogique d'appliquer le raisonnement de l'arrêt *MacKenzie* dans un cas où, comme en l'espèce (et dans l'affaire *Morin*), le ministère public a présenté des éléments de preuve circonstancielle qui se prêtent à différentes interprétations et qui n'ont pas, individuellement, une incidence décisive sur la question ultime à trancher. La directive d'appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à une telle preuve sera toujours erronée, même si elle est formulée de manière à faire référence au dossier dans son ensemble. Les faits de la présente affaire montrent comment un tel exposé peut fausser le déroulement des délibérations. Les appelants prétendent que le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il ne pouvait tenir compte de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction en l'espèce que s'il concluait au préalable, hors de tout doute raisonnable et à partir de tous les autres éléments de preuve, que ce comportement était attribuable au fait que les appelants se savaient coupables du meurtre de Chiu et à leur volonté d'échapper à la justice. Or, pour arriver à une telle conclusion, le jury aurait dû soupeser non seule-

appellants' opportunity to kill Chiu, their connection to the murder weapons, their comments to Corner, and any other evidence which might have made it more or less likely that the appellants had actually committed the murder and, by extension, that their subsequent actions were motivated by their awareness of that fact. Obviously, to draw an inference of consciousness of guilt beyond a reasonable doubt following such an analysis would be no different from concluding that the appellants were in fact guilty of murdering Chiu.

In this sense, the jury charge suggested by the appellants might set the deliberation process backwards: instead of directing the jury to use the evidence of post-offence conduct in their determination of guilt or innocence, it would require them to decide the ultimate issue as a predicate to using the evidence in the first place. It would collapse the entire jury deliberation into an analysis of the significance of a single act of the accused, and would make all the other evidence in the case merely supportive of that determination. Such an instruction would thus have the perverse effect of transforming any piece of evidence of after-the-fact conduct, no matter how minor in the scheme of the Crown's case, into crucial evidence.

This does not mean that a jury may never be instructed to apply the reasonable doubt standard to evidence of post-offence conduct. In the rare case where evidence of flight or concealment is the only evidence or constitutes substantially all of the evidence of the Crown, it follows that such evidence must be proven beyond a reasonable doubt in order to support a conclusion of guilt, and it would not be error for the trial judge to make this clear to the jury. In addition, where evidence of post-offence conduct is so crucial to the Crown's case that the final determination of guilt necessarily turns upon it, and the evidence is subject to

ment la preuve concernant les vols de banque et l'inobservation des conditions des libérations conditionnelles, mais également la preuve relative à la possibilité que les appelants avaient eue d'abattre Chiu, à leur lien avec les armes du crime et aux déclarations faites à Corner, ainsi que tout autre élément de preuve de nature à rendre plus ou moins vraisemblable la perpétration du meurtre par les appelants et, par conséquent, à établir que le comportement ultérieur de ces derniers était attribuable au fait qu'ils se savaient coupables. De toute évidence, tirer une conclusion de conscience de culpabilité hors de tout doute raisonnable à l'issue d'une telle analyse reviendrait à conclure que les appelants étaient en fait coupables du meurtre de Chiu.

En ce sens, l'exposé au jury préconisé par les appelants pourrait inverser le déroulement des délibérations: au lieu de dire au jury d'utiliser la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction pour déterminer la culpabilité ou l'innocence, on lui demanderait de se prononcer d'emblée sur la question qu'il est appelé ultimement à trancher comme condition préalable à l'utilisation de cette preuve. Les délibérations du jury en seraient réduites à l'analyse de la portée d'un seul acte de l'accusé, et tous les autres éléments de preuve présentés viendraient simplement appuyer la conclusion tirée. Pareille directive aurait donc pour effet de rendre crucial tout élément de preuve relatif au comportement après le fait, aussi insignifiant soit-il dans le cadre de la preuve du ministère public.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a jamais lieu de donner au jury la directive d'appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Dans les rares cas où la preuve de la fuite ou de la dissimulation est la seule preuve offerte par le ministère public ou constitue l'essentiel de celle-ci, elle doit satisfaire à la norme hors de tout doute raisonnable pour pouvoir étayer une conclusion de culpabilité, et le juge du procès n'aurait pas tort de donner des directives claires en ce sens au jury. En outre, lorsque la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction est si fondamentale à la thèse du

54

55

two directly conflicting interpretations, the trial judge would be justified in telling the jury that in choosing which theory to believe with respect to that evidence, they should consider the record as a whole and give the benefit of the doubt to the accused. As in *MacKenzie*, however, such a charge would only be proper if it did not involve any significant departure from the standard of proof that the jury would properly apply in any event by virtue of the general instruction on reasonable doubt.

ministère public que le verdict ultime de culpabilité ou de non-culpabilité en dépend et qu'elle se prête à deux interprétations directement en conflit, le juge du procès serait justifié de dire au jury que, pour faire son choix entre les théories avancées à l'égard de la preuve, il doit tenir compte du dossier dans son ensemble et accorder le bénéfice du doute à l'accusé. Cependant, comme dans l'affaire *MacKenzie*, un tel exposé ne serait approprié que s'il n'en résulte pas un écart substantiel par rapport à la norme de preuve que le jury doit appliquer de toute façon conformément à la directive générale sur le doute raisonnable.

56 Much of the confusion in this area of the law stems from the practice of categorizing evidence of flight or concealment in terms of the conclusion which the Crown seeks to draw from it, namely that it establishes the "consciousness of guilt" of the accused. That inference, going as it does so directly to the ultimate issue of guilt, is properly to be drawn only at the end of the jury's deliberations, once all the evidence has been considered. Hiving such evidence off at the outset and subjecting it to a separate reasonable doubt analysis creates a logical conundrum and raises the very real danger that the jury will never consider all the evidence together. That is precisely the concern which animated this Court's decision in *Morin*. Moreover, if such an approach were accepted with respect to evidence of post-offence conduct, there is no reason in principle why it could not also apply to many other kinds of circumstantial evidence, since the jury must always ask itself whether a particular piece of such evidence points to guilt rather than to some other reasonable explanation.

Une grande partie de la confusion dans ce domaine du droit a pour origine la pratique qui consiste à caractériser la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation en fonction de la conclusion que le ministère public cherche à en tirer, savoir l'existence de la «conscience de culpabilité» chez l'accusé. Cette conclusion, qui a une incidence très directe sur la question ultime de la culpabilité, ne peut valablement être tirée qu'à l'issue des délibérations du jury, une fois que tous les éléments de preuve ont été examinés. Différencier une telle preuve au début des délibérations et la soumettre à une analyse distincte selon la norme hors de tout doute raisonnable créent un problème de logique et un risque très réel que le jury ne considère jamais la preuve dans son entier. Voilà précisément l'inquiétude qui sous-tend la décision de notre Cour dans l'affaire *Morin*. Au surplus, si une telle démarche était acceptée à l'égard de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, rien ne justifierait en principe qu'elle ne s'applique pas également à de nombreuses autres sortes de preuve circonstancielle, le jury devant toujours se demander si un tel élément de preuve indique la culpabilité et ne peut faire l'objet d'aucune autre explication raisonnable.

57 A good deal of the difficulty disappears once the discussion of "consciousness of guilt" is eliminated from the trial judge's instruction. It is preferable simply, in the spirit of *Morin*, to leave evidence of flight or concealment evaluated, but somewhat at large until the final stage of putting all the evidence together and seeing if it proves the

La difficulté disparaît en grande partie lorsqu'est supprimée des directives au jury l'analyse relative à la «conscience de culpabilité». Conformément à l'esprit de l'arrêt *Morin*, il est préférable de laisser tout simplement l'appréciation de la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation se faire, mais de façon assez générale, à l'étape finale du regroupe-

case beyond a reasonable doubt. As previously noted, there is a risk that juries might jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt. However, the best way for a trial judge to address that danger is simply to make sure that the jury are aware of any other explanations for the accused's actions, and that they know they should reserve their final judgment about the meaning of the accused's conduct until all the evidence has been considered in the normal course of their deliberations. Beyond such a cautionary instruction, the members of jury should be left to draw whatever inferences they choose from the evidence at the end of the day.

In this case, the trial judge properly instructed the jury that the appellants' acts of flight and concealment constituted evidence "which may be considered and weighed by you as triers of fact, together with all the evidence, in deciding the guilt or innocence of the accused". He reminded the jury that flight or concealment does not necessarily imply guilt, but can arise from any number of innocent motives, and he gave examples of such motives. He further instructed the jury that there might be "very valid reasons" for the appellants' conduct other than their guilt for Chiu's murder; again, he reviewed the alternative explanations put forth by the defence, namely the parole violations and the bank robberies. The trial judge did make several references to drawing an "inference of consciousness of guilt", which, in light of these reasons, was not ideal; he did not, however, categorize the evidence in terms of that inference, but rather referred to "the evidence of flight and concealment". On the whole, as the Court of Appeal concluded, the jury charge relating to the evidence of post-offence conduct was adequate as given. Had the trial judge imposed an artificial threshold

ment de tous les éléments de preuve et de leur analyse en vue de déterminer s'ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Comme je le mentionne précédemment, il y a un risque que le jury conclue trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable. Cependant, le meilleur moyen dont dispose le juge du procès pour écarter ce danger est tout simplement de s'assurer que le jury sait que d'autres raisons sont susceptibles d'expliquer les actes de l'accusé et qu'il ne doit tirer sa conclusion finale quant à la signification du comportement de l'accusé qu'après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve dans le cadre du déroulement normal de ses délibérations. Sous réserve de telles directives de prudence, il appartient aux membres du jury de tirer, en dernière analyse, les conclusions de leur choix à partir de la preuve présentée.

Dans la présente affaire, le juge du procès a à juste titre indiqué au jury que les actes de fuite et de dissimulation des appelants constituaient une preuve qu'il pouvait [TRADUCTION] «considérer et apprécier, en tant que juges des faits, avec tous les autres éléments de preuve, en vue de décider si les accusés sont coupables ou non». Il a rappelé au jury que la fuite ou la dissimulation n'impliquait pas nécessairement la culpabilité et pouvait s'expliquer par un certain nombre de raisons innocentes, et il a donné des exemples de tels motifs. En outre, il a dit au jury que le comportement des appelants pouvait s'expliquer par de [TRADUCTION] «très bonnes raisons» autres qu'un sentiment de culpabilité à l'égard du meurtre de Chiu; à nouveau, il a rappelé les explications avancées par la défense, savoir l'inobservation des conditions des libérations conditionnelles et les vols de banque. Le juge du procès a bien fait mention à plusieurs reprises de la possibilité de [TRADUCTION] «conclure à la conscience de culpabilité», ce qui, si l'on s'en tient aux présents motifs, n'était pas idéal; il n'a cependant pas utilisé cette expression pour qualifier la preuve, parlant plutôt de la [TRADUCTION] «preuve relative à la fuite et à la dissimulation». Dans l'ensemble, comme l'a conclu la Cour d'appel, l'exposé au jury au sujet de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction

of reasonable doubt on this isolated aspect of the jury's analysis, he would have been in error.

D. *Other Grounds for Appeal*

59 The remaining grounds for appeal raised by the appellants concern the sufficiency of the jury instructions with regard to planning and deliberation, aiding and abetting, reasonable doubt, prior convictions, the lack of evidence of motive, and the reliability of the testimony of Paul Corner. We have considered the appellants' arguments and agree with the Court of Appeal's disposition of those issues.

V. Conclusions

60 There was no need in this case for the trial judge to issue a "no probative value" instruction pursuant to *Arcangioli*. Nor would it have been correct for the trial judge to instruct the jury to apply the reasonable doubt standard to its evaluation of the evidence of the appellants' post-offence conduct. The trial judge's instructions were adequate, and the Court of Appeal did not err in so finding. These appeals should be dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant White: David E. Harris, Toronto.

Solicitor for the appellant Côté: Patrick F. D. McCann, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Susan L. Reid, Toronto.

était approprié. Si le juge du procès avait exigé que cet aspect isolé de l'analyse du jury respecte une norme préliminaire artificielle, soit celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, il aurait commis une erreur.

D. *Autres moyens d'appel*

Les autres moyens d'appel invoqués par les appelants portent sur le caractère approprié des directives données au jury en ce qui concerne la préméditation et le propos délibéré, la complicité, le doute raisonnable, les déclarations de culpabilité antérieures, l'absence de preuve d'un mobile et la fiabilité du témoignage de Paul Corner. Après avoir examiné l'argumentation des appelants, nous nous rallions à la décision de la Cour d'appel à l'égard de ces questions.

V. Conclusions

Il n'était pas nécessaire en l'espèce que le juge du procès donne au jury une directive portant que l'élément de preuve considéré n'avait «aucune valeur probante», conformément à l'arrêt *Arcangioli*. Il ne convenait pas non plus que le juge du procès dise au jury d'appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à l'évaluation de la preuve relative au comportement des appelants après l'infraction. Les directives du juge du procès étaient adéquates, et la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en arrivant à cette conclusion. Les pourvois sont rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appelant White: David E. Harris, Toronto.

Procureur de l'appelant Côté: Patrick F. D. McCann, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Susan L. Reid, Toronto.

Stéphane Ménard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MÉNARD

File No.: 25707.

1998: March 26; 1998: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Evidence of post-offence conduct — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

Criminal law — Charge to jury — Format — Splitting of jury charge over course of trial — Distribution of transcripts of charge to jury — Whether format of jury charge or distribution of transcripts gave rise to reversible error.

The accused was charged with second degree murder and the sole issue at his trial was whether he was the person who had killed the victim. The case against the accused was largely circumstantial, and included evidence that he made false statements to the police after the murder, that he tried to dispose of the victim's blood-stained car and his own blood-stained clothing, and that he attempted to flee from the area where he had concealed those items of evidence. The accused testified that he had acted solely out of fear that he would be linked to stolen property; he denied any involvement in the murder. The trial judge gave his instructions in segments throughout the trial and provided the jury with written transcripts of the various portions of his charge as he delivered them. The accused was convicted and the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raised two main issues: (1) whether the trial judge should have instructed the jury not to draw any inference of guilt from the accused's post-offence conduct unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the conduct was motivated by the accused's consciousness of guilt for having murdered the victim,

Stéphane Ménard *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MÉNARD

N° du greffe: 25707.

1998: 26 mars; 1998: 9 juillet.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve relative au comportement postérieur à l'infraction — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction?

Droit criminel — Exposé au jury — Présentation — Répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès — Remise des transcriptions de l'exposé au jury — La présentation de l'exposé au jury ou la distribution des transcriptions ont-elles donné lieu à une erreur justifiant annulation?

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré, et la seule question en litige au procès était celle de savoir si c'était lui qui avait assassiné la victime. La preuve recueillie contre l'accusé était en grande partie circonstancielle et comprenait notamment des éléments de preuve indiquant qu'il avait fait de fausses déclarations à la police après le meurtre, avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime ainsi que de ses propres vêtements tachés de sang, et avait tenté de s'enfuir de lieux où il avait caché ces éléments de preuve. Au cours de son témoignage, l'accusé a prétendu qu'il n'avait agi ainsi que parce qu'il craignait qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés; il a nié toute participation au meurtre. Le juge du procès a donné ses directives par tranches tout au long du procès et il a remis au jury des transcriptions écrites des diverses parties de son exposé au fur et à mesure qu'il le donnait. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève deux questions principales: (1) Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury de ne pas conclure à la culpabilité de l'accusé à par-

rather than by some other cause; and (2) whether the trial judge committed reversible error by delivering his instructions to the jury, both orally and in writing, in several segments throughout the trial rather than at the conclusion of the evidence and arguments.

Held: The appeal should be dismissed.

The standard of proof beyond a reasonable doubt applies only to the jury's final evaluation of guilt or innocence and is not to be applied piecemeal to individual items or categories of evidence. There is no principled reason to create an exception to this rule for evidence of post-offence conduct, particularly where such evidence is subject to competing interpretations and is not, in itself, crucial to the determination of the ultimate issue. In this regard, the trial judge's charge complied with the applicable principles. Had the trial judge directed the jury at the outset to subject the evidence of post-offence conduct to the standard of proof beyond a reasonable doubt, he would have been in error.

The format of a charge is a matter of discretion. What is crucial is that, at the conclusion of the charge, the jurors understand the nature of their task and have the necessary help from the instructions to carry it out. While the innovations undertaken by the trial judge were designed to improve the overall clarity of his instructions, certain aspects of the charge raise serious concerns. The distribution of transcripts, though not erroneous in itself, can easily give rise to reversible error in the event the jury receives only part of the trial judge's instructions in written form. Any trial judge adopting such an approach must take care to ensure that the entire charge is provided to the jury in a clear and legible form, and that all the jurors are capable of reading the materials. Likewise, instructing the jury in segments throughout the trial does not necessarily constitute error but it does increase the risk that the jury might be confused by erroneous statements of law at the outset of the trial or by instructions which are not ultimately related to any of the evidence introduced in the case. When the jury charge is delivered piecemeal over the course of the trial, corrections of any errors the trial judge may previously have made become markedly more difficult. In this case, the trial judge erred in his preliminary instructions regarding the substantive law of murder, but this error did not merit a reversal of the

tir de son comportement postérieur à l'infraction à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que son comportement était motivé par une conscience de culpabilité à l'égard du meurtre de la victime et non par un autre facteur? (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur justifiant annulation en donnant ses directives au jury par tranches, oralement et par écrit, tout au long du procès plutôt qu'à la clôture de la preuve et des plaidoiries?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique qu'à l'égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement. Aucun principe ne justifie la création d'une exception à cette règle en ce qui concerne la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, en particulier lorsqu'une telle preuve peut recevoir des interprétations opposées et n'est pas, en soi, essentielle à la détermination de la question fondamentale. À cet égard, l'exposé du juge du procès respecte les principes applicables. Si le juge du procès avait dès le début donné comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, il aurait commis une erreur.

La présentation de l'exposé est discrétionnaire. L'essentiel, c'est qu'à la fin de l'exposé les jurés comprennent la nature de leur tâche et que les directives données leur fournissent toute l'aide nécessaire pour s'en acquitter. Même si les mesures innovatrices prises par le juge du procès étaient destinées à clarifier l'ensemble de ses directives, certains aspects de l'exposé au jury soulèvent des questions sérieuses. La remise de transcriptions, même si elle ne constitue pas en soi une erreur, peut facilement donner lieu à une erreur justifiant annulation dans le cas où le jury ne reçoit par écrit qu'une partie seulement des directives du juge du procès. Tout juge du procès adoptant une telle façon de procéder doit s'assurer que l'exposé en entier est fourni au jury sous forme claire et lisible, et que tous les membres du jury sont en mesure de lire les documents. De même, le fait pour le juge de donner ses directives au jury par tranches tout au long du procès ne constitue pas nécessairement une erreur mais cela augmente le risque que des exposés erronés du droit faits au début de l'instruction ou des directives qui n'ont finalement rien à voir avec les éléments de preuve qui sont présentés puissent semer la confusion dans l'esprit des jurés. Lorsque l'exposé au jury est fait en plusieurs étapes au cours du procès, il devient singulièrement plus difficile de corriger les erreurs que le juge du procès a pu commettre au cours

accused's conviction since the question of murder was not a live issue in the trial. In addition, the second segment of the charge was overinclusive, since it addressed the use of prior inconsistent statements of an accused, even though it was not yet known whether the accused would testify, let alone whether he would be confronted with prior statements. The trial judge corrected this problem in his closing address by directing the jury to disregard his earlier comments on prior inconsistent statement by an accused. As a last remark, even if it is assumed that the jury followed the trial judge's instructions and reread their written transcripts concerning the fundamental principles of reasonable doubt, the presumption of innocence and the burden of proof, it would have been better for the trial judge to repeat that portion of his instructions and thereby ensure that he was sending the jury into deliberations with those principles fresh in their minds. In spite of these criticisms, the charge taken in its entirety in the circumstances of this case did not result in any miscarriage of justice.

des étapes précédentes. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives préliminaires relatives aux règles de droit substantiel applicables au meurtre, mais cette erreur ne justifiait pas l'annulation de la déclaration de culpabilité de l'accusé car la question du meurtre n'était pas un point litigieux au procès. En outre, la deuxième partie de l'exposé avait une portée trop large puisqu'il était question de l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé même si l'on ne savait pas si l'accusé témoignerait, et encore moins si sa déposition serait confrontée avec ses déclarations antérieures. Le juge du procès a corrigé ce problème dans son exposé final en demandant au jury de ne pas tenir compte des commentaires qu'il avait faits au sujet des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé. Enfin, il convient de faire remarquer que même si l'on présume que le jury a suivi les directives du juge du procès et a relu les transcriptions écrites concernant les principes fondamentaux que sont le doute raisonnable, la présomption d'innocence et la charge de la preuve, il aurait été préférable que le juge du procès répète cette partie de ses directives afin de s'assurer que le jury commence ses délibérations en ayant ces principes frais à l'esprit. En dépit de ces critiques, l'exposé envisagé dans son ensemble eu regard aux circonstances de la présente espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

Cases Cited

Applied: *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, aff'g (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **not followed:** *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; **referred to:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

Authors Cited

Soublière, Hector. "Instructing the jury: A plea for better trials", *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, p. 6.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 108 C.C.C. (3d) 424, 29 O.R. (3d) 772, 92 O.A.C. 43, [1996] O.J. No. 2453 (QL), dismissing the accused's appeal from his

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, conf. (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêt non suivi:** *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; **arrêts mentionnés:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

Doctrine citée

Soublière, Hector. «Instructing the jury: A plea for better trials», *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, p. 6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 108 C.C.C. (3d) 424, 29 O.R. (3d) 772, 92 O.A.C. 43, [1996] O.J. No. 2453 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre

conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Clayton C. Ruby and Jill Copeland, for the appellant.

Gary T. Trotter and Trevor Shaw, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — The appellant, Stéphane Ménard, was convicted of second degree murder in the death of Octavio Velasquez, a Montreal taxi driver. The case against Ménard was largely circumstantial, and included evidence that Ménard made false statements to the police after the murder, that he tried to dispose of the victim's blood-stained car and his own blood-stained clothing, and that he attempted to flee from the area where he had concealed those items of evidence. At trial, Ménard contended that he had acted solely out of fear that he would be linked to stolen property; he denied any involvement in the murder.

2 This appeal has two main issues. The first is whether the trial judge should have instructed the jury not to draw any inference of guilt from Ménard's post-offence conduct unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the conduct was motivated by Ménard's consciousness of guilt for having murdered Velasquez, rather than by some other cause. That issue is addressed in this Court's decision in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, which is being released simultaneously with the decision in this appeal. The second issue concerns the format of the trial judge's charge to the jury. The appellant submits that the trial judge committed reversible error by delivering his instructions to the jury, both orally and in writing, in several segments throughout the trial rather than at the conclusion of the evidence and arguments.

sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Clayton C. Ruby et Jill Copeland, pour l'appellant.

Gary T. Trotter et Trevor Shaw, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'appellant, Stéphane Ménard, a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré par suite du décès d'Octavio Velasquez, un chauffeur de taxi de Montréal. La preuve recueillie contre Ménard était en grande partie circonstancielle et comprenait notamment des éléments de preuve indiquant que Ménard avait fait de fausses déclarations à la police après le meurtre, avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime ainsi que de ses propres vêtements tachés de sang, et avait tenté de s'enfuir des lieux où il avait caché ces éléments de preuve. Au procès, Ménard a prétendu qu'il n'avait agi ainsi que parce qu'il craignait qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés; il a nié avoir quoi que ce soit à faire avec le meurtre.

Le présent pourvoi soulève deux questions principales. La première est celle de savoir si le juge du procès aurait dû donner comme directive au jury de ne pas conclure à la culpabilité de Ménard à partir de son comportement postérieur à l'infraction à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que son comportement était motivé par la conscience de sa culpabilité pour le meurtre de Velasquez et non par un autre facteur. Cette question est examinée dans l'arrêt *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, qui est rendu en même temps que la décision sur le présent pourvoi. La seconde question concerne la présentation de l'exposé du juge au jury. L'appellant soutient que le juge du procès a commis une erreur justifiant annulation en donnant ses directives au jury par tranches, oralement et par écrit, tout au long du procès plutôt qu'à la clôture de la preuve et des plaidoiries.

I. The Facts

On April 12, 1991, a Montreal taxicab was found submerged in the Madawaska River near Arnprior, Ontario. The body of the taxi's driver, Octavio Velasquez, was only discovered two months later in a secluded area several kilometres away. An autopsy revealed that Velasquez had died from multiple stab wounds to the back. There was no question that Velasquez had been murdered; the sole issue at trial was whether Ménard had killed him.

At about 2:00 p.m. on April 12, Jack Schultz, a worker at a water filtration plant in Arnprior, saw a taxicab driving near the Madawaska River, and several minutes later he heard a splash. When he approached the riverbank he observed a car sinking into the water and saw the appellant standing nearby with a duffle bag and a bundle of white clothing. Schultz called the police; they arrived some three minutes later.

Constable Nicholas of the Ontario Provincial Police saw the partly submerged taxi, and Ménard crouching at the top of a hill. He called for Ménard to come down and proceeded to question him about what had happened. Ménard stated that he had been hitchhiking from Ottawa and was picked up by a man named Phil, who was drinking alcohol and driving "crazy". Phil allegedly stopped the car at the top of the hill above the river, told the appellant "[t]he ride ends here, get out", and then drove the car into the water and ran away. Ménard gave a description of Phil and indicated the direction in which Phil had allegedly fled on foot.

Other officers soon arrived on the scene. They examined the area where the car had entered the water and found one set of footprints, which did not head in the direction of Phil's ostensible flight from the scene. The police climbed to where the appellant had been crouching and located a bundle

I. Les faits

Le 12 avril 1991, un taxi de Montréal est trouvé immergé dans les eaux de la rivière Madawaska près d'Arnprior (Ontario). Le corps du chauffeur de taxi, Octavio Velasquez, n'est découvert que deux mois plus tard dans un endroit isolé, quelques kilomètres plus loin. L'autopsie révèle que Velasquez est mort des suites des blessures infligées par de multiples coups de couteau au dos. Il est indubitable que Velasquez a été victime d'un meurtre; la seule question en litige au procès est celle de savoir si Ménard est l'auteur du meurtre.

Vers 14 h, le 12 avril, Jack Schultz, qui travaille à la station de traitement d'eau potable d'Arnprior, a vu un taxi qui roulait près de la rivière Madawaska et, quelques minutes plus tard, il a entendu un bruit d'éclaboussement. S'approchant de la rive, il a vu une automobile s'enfonçant dans l'eau et il a aperçu l'appelant qui se tenait tout près avec un sac marin et un paquet de vêtements blancs. Schultz a appelé la police qui est arrivée environ trois minutes plus tard.

L'agent Nicholas de la Police provinciale de l'Ontario a vu le taxi qui était partiellement immergé et Ménard qui se tapissait au sommet d'une colline. Il a demandé à Ménard de descendre, et il a commencé à l'interroger sur ce qui s'était passé. Ménard a déclaré qu'il faisait de l'auto-stop à partir d'Ottawa et qu'il était monté dans la voiture d'un homme prénommé Phil, qui buvait de l'alcool et conduisait [TRADUCTION] «comme un fou». Phil aurait arrêté la voiture au sommet de la colline surplombant la rivière, aurait dit à l'appelant [TRADUCTION] «[l]e voyage s'arrête ici, sors de la voiture», et aurait ensuite poussé la voiture dans les eaux de la rivière avant de s'enfuir. Ménard a donné une description de Phil et a indiqué la direction dans laquelle il se serait enfui à pied.

D'autres policiers sont rapidement arrivés sur les lieux. Ils ont examiné l'endroit où l'automobile s'est enfoncée dans l'eau et ont relevé des traces de pas qui n'allaient pas dans la direction qu'aurait prise Phil pour s'enfuir des lieux. Les policiers ont grimpé jusqu'à l'endroit où s'était tapi l'appelant

3

4

5

6

of wet clothes, consisting of a white trench coat, a pair of jeans, socks and black boots. The coat and jeans were stained with blood. In the pocket of the jeans, Constable Nicholas found a ledger sheet in Ménard's name from a military credit union. He asked Ménard who owned the wet clothes. Ménard initially claimed that they were Phil's; however, when confronted with the ledger sheet, he admitted that the jeans were his but maintained that the rest of the clothing belonged to Phil. Constable Nicholas arrested Ménard for possession of a stolen car.

et y ont trouvé un paquet de vêtements mouillés, c'est-à-dire un trench-coat blanc, un jeans, des bas et des bottes noires. Le manteau et le jeans étaient tachés de sang. Dans une poche du jeans, l'agent Nicholas a trouvé une page de grand livre portant le nom de Ménard et provenant d'une coopérative militaire de crédit. Il a demandé à Ménard à qui appartenaient les vêtements mouillés. Ménard a tout d'abord affirmé qu'il s'agissait des vêtements de Phil; toutefois, lorsqu'on lui a présenté la page du grand livre, il a reconnu que le jeans était le sien, mais il a continué d'affirmer que le reste des vêtements appartenaient à Phil. L'agent Nicholas a arrêté Ménard pour possession d'une automobile volée.

7 When the taxicab was removed from the river, blood stains were found on the driver's seat and headrest as well as on the floor around the driver's seat. Forensic tests revealed that those stains were consistent with the victim's blood group, which was shared by only 0.83 percent of the population. Stains consistent with the victim's blood were also found on Ménard's jeans and on the other clothing retrieved from the hill where Ménard had been crouching, as well as on underwear that Ménard had in his duffle bag. The back of the reversible cap that Ménard carried in his pocket also had approximately 40 spatter stains on it. A black-handled knife, in its sheath, was recovered from the river near where the taxicab had been found. No forensic evidence was introduced to connect the knife to the appellant.

Lorsque le taxi a été retiré de la rivière, on a constaté la présence de taches de sang sur le siège et l'appui-tête du conducteur de même que sur le plancher autour du siège du conducteur. Les tests de laboratoire ont révélé que ces taches étaient compatibles avec le groupe sanguin de la victime, que l'on ne retrouve que dans environ 0,83 pour cent de la population. On a également trouvé des taches compatibles avec le groupe sanguin de la victime sur le jeans de Ménard et sur les autres vêtements retrouvés sur la colline où Ménard se tapissait, de même que sur les sous-vêtements que Ménard avait dans son sac marin. Il y avait aussi une quarantaine d'éclaboussures sur l'envers de la casquette réversible que Ménard transportait dans sa poche. Un couteau à manche noir, dans son étui, a été récupéré dans la rivière près de l'endroit où le taxi a été trouvé. Aucune preuve médico-légale n'a été produite pour relier le couteau à l'appellant.

8 After the body of Octavio Velasquez was discovered on June 9, 1991, Constable Nicholas took soil samples from the area where the body was found. He also took soil samples from the area where the wet clothing was found and where the taxicab entered the river. These various samples were analysed by a forensic geologist, William Graves, who also examined some debris brushed from Ménard's boots. It was concluded that part of

Après que le corps d'Octavio Velasquez eut été découvert le 9 juin 1991, l'agent Nicholas a prélevé des échantillons du sol à l'endroit où le corps a été trouvé. Il a aussi prélevé des échantillons du sol à l'endroit où les vêtements mouillés ont été trouvés et où le taxi est entré dans la rivière. Ces divers échantillons ont été analysés par un géologue chargé d'expertises en matière légale, William Graves, qui a aussi examiné les particules recueillies par brossage sur les bottes de Ménard. On a conclu qu'il était impossible de distinguer

the debris from the boots was indistinguishable from the body-site soil samples.

In addition to the foregoing circumstantial evidence, the Crown also introduced identification evidence from several motorists who testified to seeing a Montreal taxicab on the highway between Montreal and Ottawa. Only one of these witnesses, Sidney Ritchie, actually placed Ménard in the taxicab with the deceased. Ritchie's evidence was challenged at trial on the ground that Ritchie had failed to pick the appellant out of a photo lineup and had only been able to make a positive identification at the preliminary inquiry, when the appellant was the only man in the room aside from counsel and court staff. Moreover, Ritchie had been advised at that time that the appellant was the person charged with the murder.

At his trial, Ménard gave a different version of events from what he had told Constable Nicholas at the time of his arrest. He testified that he had been hitchhiking from Montreal when he was picked up by Phil, who was driving a Montreal Co-op Taxi. Phil allegedly drove the taxi for five or ten minutes, then pulled over, told the appellant to keep the car, and left in another car that had pulled up behind the taxi. When Phil stepped out of the taxi, Ménard allegedly noticed that Phil's back was spotted with blood and that some brown staining was also visible on the driver's seat. Ménard testified that he assumed the car must have been stolen by Phil; nevertheless, he got into the driver's seat and drove on because he did not know what else to do. After driving for a short period of time, he allegedly stopped in the parking lot of a shopping mall and concluded that he had made a bad decision. His own clothes were now stained from sitting in the driver's seat and he was nervous about being in possession of the taxi. He decided to dispose of the vehicle, and did so by pushing it into the nearby Madawaska River. Ménard admitted that he had initially lied to Constable Nicholas about owning the blood-stained clothes and about

une partie de ces particules des échantillons du sol prélevés à l'endroit où le corps a été retrouvé.

Outre cette preuve circonstancielle, le ministère public a aussi produit une preuve d'identification provenant de divers automobilistes qui ont affirmé avoir vu un taxi de Montréal circuler sur l'auto-route entre Montréal et Ottawa. Un seul de ces témoins, Sidney Ritchie, a affirmé que Ménard se trouvait dans le taxi avec la victime. Le témoignage de Ritchie a été contesté au procès pour le motif que ce dernier n'avait pas reconnu l'appelant parmi les individus dont les photos lui avaient été montrées et qu'il n'avait été en mesure de faire une identification formelle qu'à l'enquête préliminaire, lorsque l'appelant était la seule personne présente dans la pièce à l'exception des avocats et du personnel du tribunal. De plus, Ritchie avait été informé à ce moment-là que l'appelant était la personne inculpée du meurtre.

À son procès, Ménard donne une version des faits différente de celle qu'il a faite à l'agent Nicholas au moment de son arrestation. Il a déclaré dans son témoignage qu'il faisait de l'auto-stop à partir de Montréal lorsque Phil, qui conduisait un taxi Co-op de Montréal, l'a pris à son bord. Phil aurait conduit le taxi pendant cinq ou dix minutes, se serait ensuite immobilisé sur le côté de la route, aurait dit à l'appelant de garder l'automobile, et serait parti dans une autre automobile qui s'était arrêtée derrière le taxi. Lorsque Phil est descendu du taxi, Ménard aurait remarqué que son dos était taché de sang et qu'une tache brune était également visible sur le siège du conducteur. Ménard a déclaré dans son témoignage qu'il avait présumé que Phil avait volé l'automobile; il s'est néanmoins installé dans le siège du conducteur et a pris la route parce qu'il ne savait pas quoi faire d'autre. Après avoir roulé pendant une courte période, il se serait arrêté dans le stationnement d'un centre commercial et aurait conclu qu'il avait pris une mauvaise décision. Ses propres vêtements étaient désormais tachés parce qu'il s'était assis dans le siège du conducteur et il était nerveux parce qu'il était en possession du taxi. Il a décidé de se débarrasser du véhicule et il l'a poussé dans la rivière Madawaska qui était tout près. Ménard a admis

pushing the taxi into the river, but he testified that he had done so because he panicked.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*

11 The trial judge delivered his instructions to the jury in four parts. At the outset of the trial, he gave an address in which he described the trial process and explained basic evidentiary principles such as the presumption of innocence and the burden of proof. In addition to those preliminary matters, he also charged the jury on the substantive law of murder. Before doing so, however, he stressed that the evidence in the case had not yet been presented and that his instructions might have to be amended later. He stated:

I will shortly be instructing you as to the law concerning the offence in this matter. I point out that at most trials, this is not done until the conclusion of the evidence at the trial judge's charge. I happen to think that it makes it more difficult for you if you don't know what the law is from the start.

I want you to appreciate another fact, that insofar as the evidence and the facts of this case, I am as much in the dark as you are. I did not know a thing about this case until this morning. What I do know about it is very little. So what I am charging you on the law is without the benefit of having heard the evidence and the testimony. It may be that once the trial has been concluded and I have heard the evidence, I may want to change certain of my instructions in this regard or make them more complete or edit. If that is so, be mindful of it and I will point that out to you in my closing charge. In such an event, of course, you should be governed by my closing comments.

The trial judge then referred to the indictment and instructed the jury on the definition of murder under s. 229 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In so doing, he discussed the so-called "objective branch" of liability under s. 229(c) of the *Criminal Code*; it is common ground that this portion of the instruction was error, since s. 229(c)

qu'il avait tout d'abord menti à l'agent Nicholas au sujet du propriétaire des vêtements tachés de sang et de la personne qui avait poussé le taxi dans la rivière, mais il a déclaré dans son témoignage qu'il avait agi ainsi parce qu'il était pris de panique.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)*

Le juge du procès a donné ses directives au jury en quatre parties. Au début du procès, il a fait un exposé au cours duquel il a décrit le déroulement de la procédure et a expliqué des principes fondamentaux de la preuve tels la présomption d'innocence et la charge de la preuve. Outre ces questions préliminaires, il a aussi exposé au jury les règles de droit substantiel applicables au meurtre. Avant de le faire, il a toutefois insisté sur le fait que la preuve n'avait pas encore été présentée en l'espèce et qu'il devrait peut-être modifier ses directives ultérieurement. Il a dit:

[TRADUCTION] Je vais vous exposer brièvement le droit applicable à l'infraction dont il est question en l'espèce. Je signale que, dans la plupart des procès, cela n'est fait qu'à la clôture de la preuve au moment de l'exposé du juge du procès. Je pense que votre tâche devient plus difficile si vous ne savez pas dès le départ quelles sont les règles de droit.

Je veux aussi que vous vous rendiez compte d'un autre fait: en ce qui concerne la preuve et les faits de la présente espèce, je n'en sais pas plus que vous. Je ne savais rien de la présente affaire jusqu'à ce matin. Je n'en sais vraiment pas grand-chose. Je vous donne donc des directives sur le droit sans avoir eu le bénéfice d'entendre la preuve et les témoignages. Il se peut qu'une fois le procès terminé et la preuve entendue, je désire modifier certaines de mes directives à cet égard ou encore, les compléter ou les réviser. Le cas échéant, souvenez-vous en et je vous le rappellerai dans mon exposé final. Évidemment, dans un tel cas, vous devrez vous conformer à mes commentaires finals.

Le juge du procès a ensuite fait état de l'acte d'accusation et a donné ses directives au jury à l'égard de la définition du meurtre aux termes de l'art. 229 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce faisant, il a examiné l'élément dit «objectif» de la responsabilité aux termes de l'al. 229(c) du *Code criminel*; les parties reconnaissent que cette partie de

had been struck down by this Court some three years earlier in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. The judge subsequently distributed a transcript of his opening address to the members of the jury.

At two points during the evidence, additional instructions were provided to the jury. The first was a detailed charge concerning the use of prior inconsistent statements. It was given following the cross-examination of the eyewitness Ritchie, who had been confronted on the stand with his preliminary inquiry testimony. The second instruction given during the course of the trial concerned the use of evidence of prior convictions; it followed the cross-examination of Ménard, who had been asked about his criminal record. As with the opening address, these two instructions were subsequently distributed to the jury in written form.

At the conclusion of the trial, the trial judge gave a short charge in which he declined to repeat his previous instructions, and instead directed the jury to review their transcripts. He stated:

My only comment is this: Start off your deliberations by reading them again so that they will be fresh in your mind, particularly the following: one, you are the sole judges of the facts; two, be impartial; three, the burden of proof on the Crown and the presumption of innocence.

The judge made several small corrections to his earlier instructions. In particular, he advised the jury to disregard his remarks with respect to prior inconsistent statements by the accused, since that issue did not ultimately arise in the trial. He did not, however, amend his discussion of the substantive law of murder, nor did he review in any detail the basic evidentiary principles which he had set out in his opening address. The judge then turned to several "new matters". He reviewed the evidence presented in the case — particularly the eyewitness evidence and the evidence of Ménard's post-offence conduct — and briefly summarized the basic theories of the defence and the Crown. He did not direct the jury to apply a reasonable

la directive était erronée puisque l'al. 229c) avait été invalidé par notre Cour trois ans plus tôt dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Le juge a ensuite remis aux membres du jury une transcription de son exposé initial.

Des directives supplémentaires ont été données au jury à deux reprises au cours de la preuve. Il s'agissait dans le premier cas d'une directive détaillée concernant l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles. Cette directive a été donnée après le contre-interrogatoire du témoin oculaire Ritchie, auquel on a rappelé pendant qu'il était à la barre son témoignage à l'enquête préliminaire. Dans le deuxième cas, la directive concernait l'utilisation de la preuve de condamnations antérieures; cette directive a été donnée après le contre-interrogatoire de Ménard, qui a été interrogé sur ses antécédents criminels. Comme pour l'exposé initial, ces deux directives ont ensuite été remises par écrit au jury.

À la clôture du procès, le juge a fait un bref exposé au cours duquel il a refusé de répéter ses directives antérieures, invitant plutôt les membres du jury à se reporter aux transcriptions. Il a dit:

[TRADUCTION] Mon seul commentaire est le suivant: commencez vos délibérations en les relisant pour qu'elles soient fraîches à votre mémoire, en particulier les suivantes: un, vous êtes les seuls juges des faits; deux, soyez impartiaux; trois, la charge de la preuve incombe au ministère public et il existe une présomption d'innocence.

Le juge a apporté plusieurs corrections mineures à ses directives antérieures. Il a notamment recommandé au jury de ne pas tenir compte de ses remarques relatives aux déclarations antérieures incompatibles de l'accusé puisque cette question n'avait finalement pas été soulevée lors du procès. Il n'a cependant pas modifié son analyse des règles du droit substantiel applicables au meurtre, et il n'a pas non plus revu en détail les principes fondamentaux de la preuve qu'il avait énoncés dans son exposé initial. Le juge est ensuite passé à quelques «questions nouvelles». Il a passé en revue la preuve présentée dans l'affaire — en particulier, les dépositions des témoins oculaires et la preuve concernant le comportement de Ménard après l'in-

12

13

doubt standard separately to the evidence of post-offence conduct.

- 14 The jury were provided with photocopies of the judge's handwritten notes for the final portion of his charge. Although those copies were more difficult to read than the typed transcripts of the earlier sections of the charge, they were legible and contained substantially everything that the judge had stated orally to the jury. The jury returned a verdict of guilty on the charge of second degree murder.

B. *Ontario Court of Appeal*

- 15 Ménard's appeal from his conviction was dismissed by the Ontario Court of Appeal: (1996), 108 C.C.C. (3d) 424 (Arbour, Labrosse and Weiler J.J.A.). The appeal rested on several grounds. With regard to the format of the jury charge, Ménard contended that the trial judge erred by giving his instructions in segments throughout the trial and by providing written transcripts of the various portions of his charge as he delivered them. Arbour J.A., writing for the Court of Appeal, criticized those practices but found that they did not give rise to reversible error. Specifically, she held that while the distribution of transcripts could have been fatal had the trial judge provided only an incomplete written portion of his charge, in this case the jury received all of the instructions in writing. With respect to the splitting of the jury charge over the course of the trial, the Court of Appeal recognized a more serious danger, namely, that an error of law made in an early portion of the charge might never be adequately corrected later. Arbour J.A. noted that the trial judge did in fact make an error of law in the early portion of his charge, in his discussion of the definition of murder. However, it concluded at p. 432:

fraction — et il a résumé brièvement les thèses fondamentales de la défense et du ministère public. Il n'a pas dit au jury d'appliquer une norme distincte, celle de la preuve hors de doute raisonnable, à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction.

Des photocopies des notes manuscrites du juge ont été remises au jury pour la dernière partie de son exposé. Même s'il était plus difficile de lire ces copies que les transcriptions dactylographiées des parties précédentes des directives, elles étaient lisibles et contenaient pour l'essentiel tout ce que le juge avait dit de vive voix au jury. Le jury a rendu un verdict de culpabilité sur l'accusation de meurtre au deuxième degré.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario*

L'appel interjeté par Ménard à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario: (1996), 108 C.C.C. (3d) 424 (les juges Arbour, Labrosse et Weiler). Divers moyens ont été invoqués en appel. En ce qui concerne la présentation de l'exposé au jury, Ménard a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en donnant ses directives par tranches tout au long du procès ainsi qu'en fournissant les transcriptions écrites des diverses parties de son exposé au fur et à mesure qu'il donnait ses directives. Le juge Arbour, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a critiqué ces pratiques mais a conclu qu'elles ne donnaient pas lieu à une erreur justifiant annulation. Plus précisément, elle a statué que, même si la remise des transcriptions aurait pu constituer une erreur fatale si le juge n'avait fourni qu'une partie écrite incomplète de ses directives, en l'espèce, le jury avait reçu toutes les directives par écrit. Quant à la répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès, la Cour d'appel a reconnu l'existence d'un danger plus grave, savoir qu'une erreur de droit faite au début de l'exposé pourrait ne jamais être dûment corrigée par la suite. Le juge Arbour a fait remarquer que le juge du procès a bel et bien fait une erreur de droit dans la première partie de son exposé lorsqu'il a examiné la définition du meurtre. Elle a toutefois conclu à la p. 432:

... the error was harmless since there was never a live issue that a murder was committed. The case was a simple one. The only issue for the jury to determine was whether the appellant was the person who murdered the deceased.

The Court of Appeal also noted that the trial judge's mid-trial instructions addressed matters that did not ultimately arise in the case, and might have been confusing to the jury. Again, however, it found that this did not constitute reversible error. Overall, the Court of Appeal concluded at p. 433 that the approach taken by the trial judge "met the essential requirements of a proper jury charge" and did not occasion any miscarriage of justice.

Ménard raised two objections regarding the substance of the jury charge. First, he asserted that the trial judge erred by failing to emphasize the frailties of the identification evidence led by the Crown, particularly the evidence of the eyewitness Ritchie. The Court of Appeal agreed that "this evidence should have been reviewed by the trial judge and that the unusual aspect of Ritchie's evidence should have been expanded upon" (p. 437). However, it concluded that the identification evidence "formed a small part of an overwhelming case against the appellant" and that "[e]ven if that evidence were to be entirely discarded, the result of the case would... inevitably be the same" (p. 437).

Second, Ménard argued that the trial judge erred by failing to instruct the jury, pursuant to *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (Ont. C.A.), that they should apply the criminal standard of proof in their evaluation of the evidence of Ménard's post-offence conduct. The Court of Appeal rejected that argument, noting that *Court* had been overruled in *R. v. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). Arbour J.A. stated at p. 438:

The trial judge instructed the jury that they had to decide whether the evidence of lies told by the appellant to the

[TRADUCTION] ... l'erreur était sans conséquence puisque la commission d'un meurtre n'a jamais fait de doute. L'affaire était simple. La seule question que le jury devait trancher était celle de savoir si c'était l'appellant qui avait assassiné le défunt.

La Cour d'appel a aussi fait remarquer que les directives données par le juge du procès au milieu de l'instruction portaient sur des questions qui n'ont finalement pas été soulevées dans l'affaire et pourraient avoir créé de la confusion dans l'esprit des membres du jury. Elle a toutefois statué encore une fois qu'il ne s'agissait pas d'une erreur justifiant annulation. Globalement, la Cour d'appel a conclu à la p. 433 que la démarche suivie par le juge du procès [TRADUCTION] «respectait les exigences essentielles d'un exposé au jury approprié» et n'avait pas entraîné d'erreur judiciaire.

Ménard a fait valoir deux objections quant au contenu de l'exposé au jury. Premièrement, il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en ne faisant pas ressortir les faiblesses de la preuve d'identification présentée par le ministère public, en particulier la déposition du témoin oculaire Ritchie. La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] «le juge du procès aurait dû passer en revue cette preuve et s'étendre sur l'aspect inhabituel du témoignage de Ritchie» (p. 437). La cour a toutefois conclu que la preuve d'identification [TRADUCTION] «ne constituait qu'une petite partie de la preuve accablante présentée contre l'appellant» et que «même si cette preuve devait être entièrement écartée, le résultat de l'affaire serait [...] inévitablement le même» (p. 437).

Deuxièmement, Ménard a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury, conformément à l'arrêt *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (C.A. Ont.), qu'il devait appliquer la norme de preuve en matière criminelle dans leur évaluation de la preuve relative au comportement de Ménard après l'infraction. La Cour d'appel a rejeté cet argument, soulignant que l'arrêt *Court* avait été infirmé dans l'arrêt *R. c. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). Le juge Arbour a dit à la p. 438:

[TRADUCTION] Le juge du procès a dit au jury qu'il devait décider si la preuve concernant les mensonges de

16

17

police, of concealment of the car and of some clothes, and the evidence of flight, were indicative of efforts to conceal his role in the murder. In doing so, the trial judge said that they should consider his explanations, and, in the context of all the evidence, decide whether that evidence points to guilt or innocence. Without the benefit of the decision in *Court and Monahan*, the trial judge did not instruct the jury that they should be satisfied beyond a reasonable doubt that this evidence was indicative of a consciousness of guilt. Indeed the trial judge avoided altogether the language of “consciousness of guilt” and merely instructed the jury to draw whatever inference they saw fit, in all the circumstances, from that evidence. In light of the decision of this Court in *R. v. White and Côté*, *supra*, this ground of appeal must also fail.

l'appelant à la police, la dissimulation de l'automobile et des vêtements ainsi que la fuite dénotaient les efforts faits pour cacher son rôle dans le meurtre. Ce faisant, le juge du procès a indiqué que le jury devait tenir compte des explications données par l'appelant et décider, eu égard à l'ensemble de la preuve, si cette preuve indiquait la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé. Ne bénéficiant pas de la décision rendue dans *Court and Monahan*, le juge du procès n'a pas dit au jury qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que cette preuve révélait une conscience de culpabilité. En fait, il n'a absolument pas parlé de la «conscience de culpabilité» et a simplement donné pour directive au jury de tirer de la preuve les conclusions qu'il jugerait appropriées compte tenu de l'ensemble des circonstances. Étant donné la décision de notre Cour dans *R. c. White and Côté*, précité, ce moyen d'appel doit aussi échouer.

18 Aside from those attacks on the jury charge, the appellant raised three additional grounds. He asserted that the trial judge erred by allowing an out-of-court examination of William Graves, the Crown's expert soil analyst, to be introduced at trial in lieu of Graves's testimony. The trial judge had admitted that evidence as Graves was too ill to testify and because the earlier examination had taken place under oath and had been subject to ample cross-examination. On the basis of those facts, Arbour J.A. for the court held that Graves's evidence was admissible as an exception to the hearsay rule, since it met both the “reliability” and the “necessity” requirements set out in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

Outre ces attaques dirigées contre l'exposé au jury, l'appelant a formulé trois autres moyens d'appel. Il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant que l'interrogatoire extrajudiciaire de William Graves, l'analyste des sols assigné comme témoin expert par le ministère public, soit mis en preuve au procès à la place de son témoignage. Le juge du procès avait accepté cet élément de preuve parce que Graves était trop malade pour témoigner et que l'interrogatoire avait été fait sous serment et avait fait l'objet d'un contre-interrogatoire approfondi. Se fondant sur ces faits, le juge Arbour a statué au nom de la cour que le témoignage de Graves était admissible à titre d'exception à la règle du ouï-dire, puisqu'il satisfaisait aux exigences de «fiabilité» et de «nécessité» formulées dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

19 Ménard next contended that it was error for the trial judge to admit detailed evidence of his military training, his previous membership in the Airborne Regiment, and his familiarity with knives. He submitted that the real purpose of that evidence was to impugn his character and to demonstrate that he was “some sort of commando”. Arbour J.A. rejected that argument; she found that the evidence admitted was relevant to the narrative, and she

Ménard a ensuite prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant une preuve détaillée concernant sa formation militaire, son appartenance antérieure au régiment aéroporté et sa connaissance des couteaux. Il a soutenu que le véritable objectif de cette preuve était d'attaquer sa moralité et de démontrer qu'il était [TRADUCTION] «une sorte de commando». Le juge Arbour a rejeté cet argument; elle a estimé que la preuve admise

concluded that it could have had no prejudicial impact on the decision of the jury to convict.

Finally, Ménard submitted that during cross-examination on his criminal record, Crown counsel improperly probed the details of a prior conviction, rather than simply asking the name of the offence, the date of the conviction and the sentence. Arbour J.A. agreed that such an attack on the credibility of an accused was serious and impermissible, but she found, once again, that in the context of the evidence as a whole, it was not overly prejudicial and created no miscarriage of justice. The appeal was dismissed.

III. Issues

(1) Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge was not required to instruct the jury in accordance with *Court, supra*?

(2) Did the Court of Appeal err in holding that the format of the jury charge in this case did not give rise to reversible error?

IV. Analysis

A. *Jury Instruction Regarding Evidence of Post-Offence Conduct*

Ménard contends, as he did before the Court of Appeal, that the trial judge should have directed the jury to apply a separate standard of proof to the evidence of lies, flight and concealment. Specifically, he submits that the jury should have been told that unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the post-offence conduct was motivated by a sense of culpability for Velasquez's murder and not by some other explanation, they could draw no inference of guilt from that conduct, and must set it aside and proceed to consider the balance of evidence in the case. Ménard relies on *Court, supra*. As stated, *Court* was overruled by the Ontario Court of Appeal in *White, supra*; how-

était pertinente quant à l'exposé des faits, et elle a conclu qu'elle ne pouvait avoir eu aucune influence préjudiciable sur la décision du jury de rendre un verdict de culpabilité.

Enfin, Ménard a fait valoir que, lors du contre-interrogatoire sur ses antécédents criminels, l'avocat du ministère public avait abusivement tenté d'obtenir les détails d'une condamnation antérieure au lieu de se contenter de demander le type d'infraction, la date de la condamnation et la peine infligée. Le juge Arbour a reconnu qu'une telle attaque contre la crédibilité d'un accusé était grave et ne pouvait être admise, mais elle a néanmoins conclu encore une fois que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cela n'avait pas causé de préjudice trop grave ni entraîné d'erreur judiciaire. L'appel a été rejeté.

III. Les questions en litige

(1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le juge du procès n'était pas tenu de donner des directives au jury en conformité avec l'arrêt *Court*, précité?

(2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que la présentation de l'exposé au jury en l'espèce n'a pas donné lieu à une erreur justifiant annulation?

IV. Analyse

A. *Directive au jury concernant la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction*

Ménard soutient, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que le juge du procès aurait dû dire au jury d'appliquer une norme de preuve distincte à la preuve relative aux mensonges, à la fuite et à la dissimulation. Plus précisément, il affirme que le juge aurait dû dire au jury qu'à moins qu'il ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que le comportement postérieur à l'infraction était motivé par la conscience de culpabilité du meurtre de Velasquez et non par un autre facteur, il ne pouvait tirer aucune conclusion de culpabilité à partir de ce comportement, et qu'il devait écarter cette preuve et examiner les autres éléments de preuve en l'espèce. Ménard invoque l'arrêt *Court*, précité.

20

21

22

ever, Ménard contends that *White* was wrongly decided and that the Court of Appeal in this case erred in adopting its result.

23

That argument is without merit. An appeal from *White* was argued before this Court together with the present appeal, and was dismissed. Our reasons in *White*, released simultaneously with this decision, confirm that the standard of proof beyond a reasonable doubt applies only to the jury's final evaluation of guilt or innocence and is not to be applied piecemeal to individual items or categories of evidence: see *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. *White* also provides that there is no principled reason to create an exception to the rule in *Morin* for evidence of post-offence conduct, particularly where such evidence is subject to competing interpretations and is not, in itself, crucial to the determination of the ultimate issue. This Court concluded in *White*, *supra*, at paras. 56-57:

Much of the confusion in this area of the law stems from the practice of categorizing evidence of flight or concealment in terms of the conclusion which the Crown seeks to draw from it, namely that it establishes the "consciousness of guilt" of the accused. That inference, going as it does so directly to the ultimate issue of guilt, is properly to be drawn only at the end of the jury's deliberations, once all the evidence has been considered. Hiving such evidence off at the outset and subjecting it to a separate reasonable doubt analysis creates a logical conundrum and raises the very real danger that the jury will never consider all the evidence together. . . .

. . . It is preferable simply, in the spirit of *Morin*, to leave evidence of flight or concealment evaluated, but somewhat at large until the final stage of putting all the evidence together and seeing if it proves the case beyond a reasonable doubt. As previously noted, there is a risk that juries might jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt.

Rappelons que l'arrêt *Court* a été infirmé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *White*, précité. Toutefois, Ménard prétend que la décision rendue dans *White* est erronée et que la Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en adoptant ses conclusions.

Cet argument est dénué de fondement. Notre Cour a entendu, en même temps que le présent pourvoi, le pourvoi interjeté dans l'affaire *White* et l'a rejeté. Les motifs de notre Cour dans l'arrêt *White*, qui sont rendus en même temps que la présente décision, confirment que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique qu'à l'égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement: voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. L'arrêt *White* porte aussi qu'aucun principe ne justifie la création d'une exception à la règle formulée dans l'arrêt *Morin* quant à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, en particulier lorsqu'une telle preuve peut recevoir des interprétations opposées et n'est pas, en soi, essentielle à la détermination des questions fondamentales. Notre Cour a conclu dans l'arrêt *White*, précité, aux par. 56 et 57:

Une grande partie de la confusion dans ce domaine du droit a pour origine la pratique qui consiste à caractériser la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation en fonction de la conclusion que le ministère public cherche à en tirer, savoir l'existence de la «conscience de culpabilité» chez l'accusé. Cette conclusion, qui a une incidence très directe sur la question ultime de la culpabilité, ne peut valablement être tirée qu'à l'issue des délibérations du jury, une fois que tous les éléments de preuve ont été examinés. Différencier une telle preuve au début des délibérations et la soumettre à une analyse distincte selon la norme hors de tout doute raisonnable créent un problème logique et un risque très réel que le jury ne considère jamais la preuve dans son entier . . .

. . . Conformément à l'esprit de l'arrêt *Morin*, il est préférable de laisser tout simplement l'appréciation de la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation se faire, mais de façon générale, à l'étape finale du regroupement de tous les éléments de preuve et de leur analyse en vue de déterminer s'ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Comme je le mentionne précédem-

However, the best way for a trial judge to address that danger is simply to make sure that the jury are aware of any other explanations for the accused's actions, and that they know they should reserve their final judgment about the meaning of the accused's conduct until all the evidence has been considered in the normal course of their deliberations. Beyond such a cautionary instruction, the members of jury should be left to draw whatever inferences they choose from the evidence at the end of the day.

The evidence of post-offence conduct in this appeal, as in *White*, was only one facet of the case against the appellant. The Crown also introduced evidence to establish, among other things, that Ménard had been seen on the highway in the victim's taxi, and that at the time of his arrest Ménard's clothes were stained with the victim's blood, his boots contained traces of soil matching the site where the victim's body was later found, and he was in possession of the victim's car. In his charge to the jury, the trial judge emphasized that the evidence of post-offence conduct "may or may not point to guilt" and was "but another circumstance for you to consider". After reviewing the explanations advanced by the defence with regard to each item of such evidence, he concluded on the subject as follows:

Whether the alleged false statements, hiding of evidence and flight are attempts by the accused to conceal his role in the murder is for you to decide. Remember that you must look at these matters in light of all the other evidence and that it is on the consideration of all the evidence that you decide whether the Crown has proved his guilt beyond a reasonable doubt.

The foregoing instruction comported in all respects with the requirements of *Morin* and with the principles set forth in this Court's reasons in *White*. Had the trial judge directed the jury at the outset to subject the evidence of post-offence con-

ment, il y a un risque que le jury conclue trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable. Cependant, le meilleur moyen dont dispose le juge du procès pour écarter ce danger est tout simplement de s'assurer que le jury sait que d'autres raisons sont susceptibles d'expliquer les actes de l'accusé et qu'il ne doit tirer sa conclusion finale quant à la signification du comportement de l'accusé qu'après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve dans le cadre du déroulement normal de ses délibérations. Sous réserve de telles directives de prudence, il appartient aux membres du jury de tirer, en dernière analyse, les conclusions de leur choix à partir de la preuve présentée.

Tout comme dans l'arrêt *White*, la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction n'était dans le présent pourvoi que l'un des éléments de preuve recueillis contre l'appellant. Le ministère public a aussi produit des éléments de preuve visant à établir, notamment, qu'on avait vu Ménard sur l'autoroute dans le taxi de la victime et qu'au moment de son arrestation, ses vêtements étaient tachés du sang de la victime, ses bottes avaient des traces de sol correspondant au lieu où le corps de la victime avait été plus tard trouvé, et qu'il était en possession de l'automobile de la victime. Dans son exposé au jury, le juge du procès a souligné que la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction [TRADUCTION] «peut ou non indiquer la culpabilité» et n'était «que l'une des circonstances dont vous devez tenir compte». Après avoir revu les explications fournies par la défense relativement à chacun des éléments de cette preuve, il a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est à vous qu'il incombe de déterminer si les présumées fausses déclarations, la dissimulation de la preuve et la fuite sont des tentatives de la part de l'accusé de cacher son rôle dans le meurtre. Rappelez-vous que vous devez examiner ces éléments en tenant compte de tous les autres éléments de preuve, et que c'est en regard de l'ensemble de la preuve que vous devez décider si le ministère public a démontré sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

La directive qui précède respecte à tous les égards les exigences formulées dans l'arrêt *Morin* et les principes énoncés dans les motifs de notre Cour dans l'arrêt *White*. Si le juge du procès avait dès le début donné comme directive au jury d'ap-

24

25

duct to the standard of proof beyond a reasonable doubt, he would have been in error. Accordingly, this ground for appeal is dismissed.

B. *Format of the Jury Charge*

26 The format of the jury charge in this case was unorthodox. In particular, the trial judge departed from common practice by discussing substantive law at the outset of the trial, by distributing transcripts of his instructions to the members of the jury, and by declining at the end of the trial to review his preliminary remarks regarding basic evidentiary principles. The Court of Appeal expressed concern about the format of the trial judge's instructions, but determined that no miscarriage of justice was occasioned in the circumstances of this case.

27 I agree with that conclusion and would dismiss this ground of appeal. However, a few general comments are appropriate with regard to the structure of the jury charge in this case. The *Criminal Code* does not dictate the manner in which a trial judge is to instruct a jury. Rather, the organization of the jury charge is a matter of common law and, like any area of common law, it is subject to innovation in the trial courts and may evolve over time. There are, necessarily, certain fundamental issues which every jury charge must address; these have been elaborated in various doctrines of this Court and do not have to be reviewed. As a general proposition the format of the charge is a matter of discretion. Trial judges have great latitude in deciding how to charge juries, and the structure of the charge may vary from one case to another. It is no secret that long and detailed instructions at the end of a trial may be more confusing than helpful. Trial judges should not be discouraged from taking new approaches in an effort to make their instructions more accessible to the jury. What is crucial is that at the conclusion of the charge the members of the jury understand the nature of their task and have

pliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, il aurait commis une erreur. En conséquence, ce moyen d'appel est rejeté.

B. *Présentation de l'exposé au jury*

La présentation de l'exposé au jury en l'espèce était assez inhabituelle. Notamment, le juge du procès s'est écarté de la pratique normalement suivie en examinant le droit substantiel dès l'ouverture du procès, en remettant des transcriptions de ses directives aux membres du jury et en refusant, à la clôture de l'instruction, de reprendre ses remarques préliminaires concernant les principes fondamentaux de la preuve. La Cour d'appel a exprimé des réserves au sujet de la présentation des directives du juge du procès, mais a statué qu'il n'y avait eu aucune erreur judiciaire dans les circonstances de l'espèce.

Je souscris à cette conclusion et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. Quelques commentaires généraux s'imposent toutefois quant à la structure de l'exposé au jury en l'espèce. Le *Code criminel* ne prescrit pas la manière suivant laquelle le juge du procès doit donner ses directives au jury. Au contraire, l'organisation de l'exposé au jury est une question de common law et, comme toute question relevant de la common law, elle est sujette aux changements apportés par les tribunaux de première instance et peut évoluer avec le temps. Il y a inévitablement certaines questions fondamentales sur lesquelles chaque exposé au jury doit porter; ces questions font l'objet de divers principes énoncés par notre Cour qui n'ont pas à être rappelés. Posons comme principe général que la présentation de l'exposé est discrétionnaire. Les juges du procès disposent d'une grande marge de manœuvre en ce qui concerne la manière dont ils font leurs exposés aux jurys, et la structure de l'exposé peut varier d'une affaire à l'autre. Ce n'est pas un secret que des directives longues et détaillées à la clôture du procès peuvent embrouiller davantage qu'elles n'éclaircissent. On ne devrait pas dissuader les juges du procès de chercher, par l'adoption de nouvelles méthodes, à rendre leurs

the necessary help from the instructions to carry it out.

The innovations undertaken by the trial judge in this case were designed to improve the overall clarity of his instructions. As he told the members of the jury:

I've been sitting as a judge for about 15 years and I've become increasingly aware of the fact that we are making things difficult for our juries in criminal trials, particularly when trials are lengthy as this one is going to be. Accordingly, I've decided — and this is over the past year — to resort to different methods in order to make your task easier. For all I know, I don't know of any other judges doing this in Canada.

See also Soublière J., "Instructing the jury: A plea for better trials", *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, at p. 6. Notwithstanding that laudable intention, certain aspects of the jury charge here raise serious concerns that may create as many problems as they solve. As the Court of Appeal noted at p. 432, the distribution of transcripts, though not erroneous in itself, can easily give rise to reversible error in the event the jury receives only part of the trial judge's instructions in written form: *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101, at pp. 114-15. Any trial judge adopting such an approach must take care to ensure that the entire charge is provided to the jury in a clear and legible form, and that all members of the jury are capable of reading the materials. It may well be that the dangers associated with such an approach outweigh the potential benefits.

Likewise, instructing the jury in segments throughout the trial does not necessarily constitute error, and may in fact be beneficial in certain circumstances. However, it does increase the risk that the jury might be confused by erroneous state-

directives plus faciles à comprendre pour les membres du jury. L'essentiel, c'est qu'à la fin de l'exposé les membres du jury comprennent la nature de leur tâche et que les directives données leur fournissent toute l'aide nécessaire pour s'en acquitter.

Les mesures innovatrices prises par le juge du procès en l'espèce étaient destinées à clarifier l'ensemble de ses directives. Il a dit aux membres du jury:

[TRADUCTION] Cela fait une quinzaine d'années que je siège comme juge et je suis de plus en plus conscient du fait que nous rendons les choses difficiles pour nos jurys dans les procès criminels, en particulier lorsque les procès sont longs comme le sera celui-ci. Par conséquent, j'ai décidé — et cela au cours de l'année qui vient de s'écouler — de recourir à diverses méthodes pour vous faciliter la tâche. Pour autant que je sache, aucun autre juge ne le fait au Canada.

Voir aussi, le juge Soublière, «Instructing the jury: A plea for better trials», *Law Times*, vol. 6, n° 36, 30 octobre — 5 novembre 1995, à la p. 6. Malgré cette intention louable, certains aspects de l'exposé au jury en l'espèce soulève certaines questions sérieuses qui peuvent créer autant de problèmes qu'elles en règlent. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel à la p. 432, la remise de transcriptions, même si elle ne constitue pas en soi une erreur, peut facilement donner lieu à une erreur justifiant annulation dans le cas où le jury ne reçoit par écrit qu'une partie seulement des directives du juge du procès: *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101, aux pp. 114 et 115. Tout juge du procès adoptant une telle façon de procéder doit s'assurer que l'exposé en entier est fourni au jury sous forme claire et lisible, et que tous les membres du jury sont en mesure de lire les documents. Il se peut que les dangers liés à une telle façon de procéder l'emportent sur ses avantages potentiels.

De même, le fait pour le juge de donner ses directives au jury par tranches tout au long du procès ne constitue pas nécessairement une erreur et, en fait, peut présenter des avantages dans certaines circonstances. Toutefois, cela augmente le risque

ments of law at the outset of the trial or by instructions which are not ultimately related to any of the evidence introduced in the case. Of course, an error contained in a jury charge need not be fatal; the propriety of the charge is a question to be decided based on the charge as a whole, and it is open to the trial judge to attempt to correct any errors that he or she may previously have made. Indeed, juries are frequently recharged as a result of counsel's submissions at the conclusion of the judge's instructions, and potentially fatal errors are often avoided in this way. However, when the jury charge is delivered piecemeal over the course of the trial, such corrections become markedly more difficult. In particular, if the trial judge errs on a point of substantive law at the start of the trial, and the jury members subsequently hear the evidence with that error in their minds, the damage to the fairness of the trial might well be irreparable.

que des exposés erronés du droit faits au début de l'instruction ou des directives qui n'ont finalement rien à voir avec les éléments de preuve qui sont présentés puissent semer la confusion dans l'esprit des membres du jury. Évidemment, une erreur dans un exposé au jury n'est pas nécessairement fatale; la justesse d'un exposé est une question qui doit être tranchée en fonction de l'exposé en entier, et il est loisible au juge du procès d'essayer de corriger les erreurs qu'il peut avoir faites antérieurement. En réalité, il arrive fréquemment que de nouvelles directives soient données au jury par suite des observations faites par les avocats à la fin des directives du juge, et il est souvent possible d'éviter de cette manière des erreurs potentiellement fatales. Toutefois, lorsque l'exposé au jury est fait en plusieurs étapes au cours du procès, il devient singulièrement plus difficile d'y apporter des corrections. En particulier, si le juge du procès commet une erreur sur un point de droit substantiel au début du procès et que les membres du jury entendent ensuite la preuve en gardant cette erreur en tête, il se peut fort bien qu'il soit impossible de réparer le dommage causé au caractère équitable du procès.

30

In this case, the trial judge did commit an error in his preliminary instructions regarding the substantive law of murder. In addition, the second segment of his charge was overinclusive, since it addressed the use of prior inconsistent statements of an accused, even though it was not yet known whether Ménard would testify, let alone whether he would be confronted with prior statements. The trial judge made efforts to correct those problems in his closing address. With regard to his charge on prior inconsistent statements by an accused, he directed the jury to disregard his earlier comments. With respect to his discussion of murder, he instructed the jury as follows:

The law as to this offence: I have already charged you on the elements of this offence. I have nothing to add.

The evidence is such that clearly, Velasquez was the victim of a second degree murder. The issue before you is whether Ménard did it.

Dans la présente espèce, le juge du procès a bel et bien commis une erreur dans ses directives préliminaires relatives aux règles de droit substantiel applicables au meurtre. De plus, la deuxième partie de son exposé avait une portée trop large puisqu'il était question de l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé même si l'on ne savait pas si Ménard témoignerait, et encore moins si sa déposition serait confrontée avec ses déclarations antérieures. Le juge du procès s'est efforcé de corriger ces problèmes dans son exposé final. En ce qui a trait à la partie de son exposé traitant des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé, il a demandé au jury de ne pas tenir compte de ses commentaires antérieurs. Quant à son examen du meurtre, il a dit ce qui suit au jury:

[TRADUCTION] Les règles de droit applicables à cette infraction: je vous ai déjà donné des directives sur les éléments de cette infraction. Je n'ai rien à ajouter.

La preuve est telle qu'il est évident que Velasquez a été victime d'un meurtre au deuxième degré. Vous devez déterminer si c'est Ménard qui en est l'auteur.

Ultimately, the Court of Appeal concluded that the trial judge's errors did not merit a reversal of Ménard's conviction, and I agree. It is worth emphasizing, however, that this result was largely fortuitous — had the question of murder been a live issue in the trial, the judge's misdirection regarding that offence at the outset of the proceedings might have vitiated the entire charge. To instruct a jury on substantive law at the outset of a trial is to walk on thin ice, and any trial judge who chooses to do so must exercise caution to ensure that his or her instructions are correct. I endorse the Court of Appeal's comments at p. 433:

[T]here may be considerable benefit in instructing the jury, as the trial judge did in this case, about the trial process and some of the fundamental evidentiary principles right at the outset of the trial. However, before embarking on an exposé of the substantive law, the trial judge should wait to hear the evidence, unless counsel agree to a proposed set of instructions tailored to the facts of the case. Even there, the dangers always exist that the evidence will not match these early expectations and that an error may prove impossible to cure.

As a final note, the trial judge's closing address to the jury was troubling in that it did not bring together the earlier portions of his instructions, and in particular it did not re-emphasize the fundamental principles of reasonable doubt, the presumption of innocence and the burden of proof. Those principles are too important to be referred to in passing at the conclusion of the trial. Even if it is assumed that the jury followed the trial judge's instructions and reread their written transcripts concerning those matters, it would have been better, in the unusual circumstances of this case, for the trial judge to repeat that portion of his instructions and thereby ensure that he was sending the jury into deliberations with those principles fresh in their minds. In spite of these criticisms, the charge taken in its entirety in the circumstances of this case did not result in any miscarriage of justice.

En définitive, la Cour d'appel a conclu que les erreurs du juge du procès ne justifiaient pas l'annulation de la déclaration de culpabilité de Ménard, et je suis d'accord avec elle. Il convient toutefois de souligner que ce résultat était en grande partie fortuit — si la question du meurtre avait été un point litigieux au procès, la directive erronée du juge relativement à cette infraction au début de l'instruction aurait pu vicier l'exposé en entier. Donner dès le début d'un procès des directives au jury sur le droit substantiel, c'est s'aventurer sur un terrain glissant, et tout juge du procès qui choisit d'agir ainsi doit faire preuve de prudence et s'assurer que ses directives sont correctes. Je suis d'accord avec les commentaires de la Cour d'appel à la p. 433:

[TRADUCTION] [I] peut y avoir des avantages considérables à donner des directives au jury, dès le début du procès comme l'a fait le juge en l'espèce, au sujet du déroulement du procès et de certains des principes fondamentaux de la preuve. Toutefois, avant de se lancer dans un exposé du droit substantiel, le juge du procès devrait attendre d'avoir entendu la preuve, à moins que les avocats ne consentent à une série de directives adaptées aux faits de l'espèce. Même dans ce cas, on court toujours le risque que la preuve ne corresponde pas à ce à quoi on s'attendait et qu'une erreur se révèle impossible à corriger.

Comme dernière remarque, j'ajouterais que l'exposé final du juge du procès suscite des inquiétudes parce qu'il ne reprend pas les premières directives et, en particulier, qu'il ne revient pas sur les principes fondamentaux que sont le doute raisonnable, la présomption d'innocence et la charge de la preuve. Ces principes sont trop importants pour n'être mentionnés qu'en passant à la clôture de l'instruction. Même si l'on présume que le jury a suivi les directives du juge du procès et a relu les transcriptions écrites sur ces questions, il aurait été préférable, vu les circonstances inhabituelles de la présente espèce, que le juge du procès répète cette partie de ses directives et s'assure ainsi que le jury commence ses délibérations en ayant ces principes frais à l'esprit. En dépit de ces critiques, l'exposé envisagé dans son ensemble eu égard aux circonstances de la présente espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

C. *Remaining Grounds of Appeal*

32 The remaining grounds for appeal in this case concern the admissibility of the out-of-court statements of William Graves, the admissibility of evidence relating to the appellant's military background, the propriety of the Crown's cross-examination of the appellant regarding his criminal record, and the sufficiency of the trial judge's jury charge on identification evidence. We have considered the appellant's arguments and we agree with the Court of Appeal's disposition of those issues.

V. Conclusions and Disposition

33 For the reasons set forth in this Court's decision in *White*, the trial judge in this case was not required to instruct the jury to apply the reasonable doubt standard to evidence of the appellant's post-offence conduct. Nor did the trial judge's jury charge — in its format or its substance — give rise to reversible error in this case. The appellant was convicted in conformity with the law and the Court of Appeal did not err in so finding. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: Crown Law Office, Toronto.

C. *Autres moyens d'appel*

Les autres moyens d'appel invoqués dans la présente affaire concernent l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de William Graves, l'admissibilité de la preuve relative à la formation militaire de l'appelant, le bien-fondé du contre-interrogatoire de l'appelant par le ministère public sur ses antécédents criminels, et le caractère suffisant de l'exposé du juge sur la preuve d'identification. Nous avons examiné les arguments de l'appelant et nous souscrivons à la décision de la Cour d'appel sur ces questions.

V. Conclusions et dispositif

Pour les motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *White*, le juge du procès n'était pas tenu en l'espèce de donner comme directive au jury d'appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'appelant après l'infraction. L'exposé du juge du procès, que ce soit quant à sa présentation ou quant à son contenu, n'a pas non plus donné lieu en l'espèce à une erreur justifiant annulation. L'appelant a été reconnu coupable conformément au droit et la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en tirant une telle conclusion. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.

Novopharm Limited *Appellant*

v.

Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. *Respondents*

and

The Minister of National Health and Welfare *Respondent*

and between

Apotex Inc. *Appellant*

v.

Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. *Respondents*

and

The Minister of National Health and Welfare *Respondent*

INDEXED AS: ELI LILLY & CO. v. NOVOPHARM LTD.

File Nos.: 25402, 25348.

1998: January 21; 1998: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence terms grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third party a sublicence or having legal effect of creating a sublicence.

Agency — Supply agreement — Licensed party to obtain patented bulk medicine for unlicensed party —

Novopharm Limited *Appelante*

c.

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. *Intimées*

et

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social *Intimé*

et entre

Apotex Inc. *Appelante*

c.

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. *Intimées*

et

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ELI LILLY & CO. c. NOVOPHARM LTD.

N^{os} du greffe: 25402, 25348.

1998: 21 janvier; 1998: 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

Mandat — Accord d'approvisionnement — Partie titulaire d'une licence devant obtenir un médicament breveté en vrac auprès d'une partie non titulaire d'une

Whether licensed party acting as agent of unlicensed party in carrying out contractual obligations.

Patents — Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA.

Jurisdiction — Declaratory relief — Whether declaration should issue as to patent holder's failure to show notice of allegation unjustified or that it was entitled to terminate compulsory licence — Whether appropriate to declare that supply agreement not constituting sub-licence or transfer of compulsory licence.

Patents — Medicine — Reformulation of patented product — Bulk medicine reformulated into final-dosage form — Whether reformulation of patented product amounting to infringement of patent.

Eli Lilly and Co. ("Eli Lilly") owned the Canadian patents for nizatidine and for its manufacturing process. It alone held a notice of compliance (NOC) to produce and market certain final-dosage forms of the medicine. Novopharm held a compulsory licence, obtained under the *Patent Act* (the "Act") as it existed prior to February, 1993, which permitted it to use the patented process to make nizatidine for the preparation or production of medicine and to import and/or sell medicine made by the process. The licence stipulated that it was non-transferable, prohibited Novopharm from granting any sub-licence, and provided Eli Lilly with the option to terminate the licence upon any breach of its terms.

In anticipation of the 1993 amendments to the Act, which radically altered the procedures for the issuance of NOCs and eliminated the compulsory licensing regime entirely, Novopharm and Apotex entered a "supply agreement" in November, 1992. The agreement provided that, where one party held a licence for a patented medicine for which the other did not, the licensed party would obtain, at the request and direction of the unlicensed party, specified quantities of that medicine, and supply it to the unlicensed party at cost plus a four per cent royalty. In April, 1993, Apotex commenced efforts to obtain a NOC for certain final-dosage forms of nizatidine, and issued a notice of allegation ("NOA") alleging that no claim for nizatidine or for its use would be infringed. In support of this allegation, Apotex relied upon the licence issued to Novopharm and the "mutual understanding" with Novopharm. On the same date, Apotex notified Novopharm of its intention to request

licence — La partie titulaire d'une licence agit-elle à titre de mandataire de la partie non titulaire en remplissant des obligations contractuelles?

Brevets — Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA.

Compétence — Jugement déclaratoire — Un jugement déclaratoire devrait-il être rendu au sujet de l'omission du titulaire du brevet de démontrer que l'ADA n'était pas fondé ou qu'il avait le droit d'annuler la licence obligatoire? — Convient-il de déclarer que l'accord d'approvisionnement ne constitue ni une sous-licence ni une cession de licence obligatoire?

Brevets — Médicament — Préparation sous une autre forme d'un produit breveté — Médicament en vrac préparé sous forme posologique définitive — La préparation sous une autre forme du produit breveté constitue-t-elle une violation de brevet?

Eli Lilly and Co. ("Eli Lilly") possédait les brevets canadiens relatifs à la nizatidine et à son procédé de fabrication. Elle seule détenait un avis de conformité (ADC) qui l'autorisait à produire et à mettre en marché le médicament sous certaines formes posologiques définitives. Novopharm détenait une licence obligatoire, délivrée en vertu de la *Loi sur les brevets* (la «Loi») en vigueur avant février 1993, qui l'autorisait à recourir au procédé breveté pour fabriquer de la nizatidine aux fins de la préparation ou de la production de médicaments, et d'importer et de vendre les médicaments obtenus grâce à ce procédé. La licence prévoyait qu'elle était incessible, interdisait à Novopharm d'accorder une sous-licence et conférait à Eli Lilly la faculté de l'annuler en cas de violation de ses conditions.

En prévision des modifications devant être apportées à la Loi en 1993, qui ont modifié radicalement la procédure de délivrance des ADC et aboli complètement le régime de licences obligatoires, Novopharm et Apotex ont conclu un «accord d'approvisionnement» en novembre 1992. Cet accord prévoyait que, lorsqu'une partie détenait, à l'égard d'un médicament breveté, une licence non détenue par l'autre partie, la partie titulaire de la licence se procurerait, à la demande et sur l'ordre de la partie non titulaire, certaines quantités de ce médicament et le fournirait à la partie non titulaire au prix coûtant auquel s'ajouterait une redevance de quatre pour cent. En avril 1993, Apotex s'est efforcée d'obtenir un ADC pour certaines formes posologiques définitives de nizatidine et a déposé un avis d'allégation («ADA») dans lequel elle prétendait qu'aucune revendication pour la nizatidine elle-même ou pour son utilisation ne serait contrefaite. À l'appui de cette allégation, Apotex invo-

Novopharm to supply it with nizatidine. However, Apotex also indicated that, because it did not yet have a NOC to permit it to market nizatidine in Canada, it could not provide Novopharm with any specifics as to its requirements, but that it would advise in due course as to the required quantity and the manufacturer from whom the nizatidine should be purchased.

Eli Lilly and Eli Lilly Canada Inc. ("Eli Lilly Canada") brought an application (*Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, S.C.C., No. 25348 (*Apotex #1*)), under s. 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (the "Regulations"), for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC to Apotex at all or, alternatively, until after December 31, 1997, ten years after the issuance of the NOC to Eli Lilly Canada, which, under the amended *Patent Act*, would be the first date on which Apotex, without a NOC, would be entitled to import nizatidine for consumption in Canada. On July 15, 1993, Eli Lilly purported to exercise its option to terminate Novopharm's compulsory licence, alleging that Novopharm had breached the terms of the licence by granting a sublicense to Apotex. Novopharm denied this allegation, stating that the commercial agreement into which it had entered with Apotex did not constitute a sublicense or any transfer of rights under the licence. The Federal Court — Trial Division found that the supply agreement between Novopharm and Apotex did not constitute a sublicense but nonetheless granted the prohibition order on the grounds that, because the reformulation of nizatidine for consumption in Canada would infringe Eli Lilly's patent, the NOA was not justified. The Federal Court of Appeal dismissed Apotex's appeal, but on the grounds that the agreement did constitute a sublicense.

In July 1993, Novopharm issued a NOA in support of its own application for a NOC in relation to nizatidine and relied on its own compulsory licence as the basis for the non-infringement of the patents. Eli Lilly and Eli Lilly Canada brought an application before the Federal Court — Trial Division (*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, S.C.C., No. 25402 (the *Novopharm* proceeding)), requesting a prohibition order to enjoin the Minister from issuing the requested NOC to Novopharm on the grounds that Novopharm's licence had been terminated and that Novopharm could not, therefore, obtain the bulk medicine in a non-infringing way. The application

quait la licence délivrée à Novopharm et l'«entente mutuelle» intervenue avec cette dernière. Le même jour, Apotex a signifié à Novopharm son intention de demander à cette dernière de lui fournir de la nizatidine. Cependant, Apotex a aussi indiqué que, parce qu'elle ne disposait toujours pas d'un ADC lui permettant de mettre en marché la nizatidine au Canada, elle ne pouvait pas donner à Novopharm les détails de ses exigences, mais qu'elle lui communiquerait en temps utile la quantité requise et l'identité du fabricant auquel la substance devrait être achetée.

Eli Lilly et Eli Lilly Canada Inc. ("Eli Lilly Canada") ont présenté, en application du par. 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le «Règlement»), une demande d'ordonnance (*Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, C.S.C., n° 25348 (*Apotex n° 1*)) interdisant au Ministre de délivrer un ADC à Apotex ou, subsidiairement, de le lui délivrer avant le 31 décembre 1997, soit dix ans après la délivrance de l'ADC à Eli Lilly Canada, qui, aux termes de la nouvelle *Loi sur les brevets*, représenterait la première date à laquelle Apotex aurait le droit, sans ADC, d'importer la nizatidine pour fins de consommation au Canada. Le 15 juillet 1993, Eli Lilly a voulu exercer sa faculté d'annuler la licence obligatoire de Novopharm pour le motif que Novopharm avait violé les conditions de la licence en accordant une sous-licence à Apotex. Novopharm a nié cette allégation, affirmant que l'accord commercial intervenu entre elle et Apotex ne constituait ni une sous-licence ni une cession de droits aux termes de la licence. La Cour fédérale, Section de première instance, a statué que l'accord d'approvisionnement entre Novopharm et Apotex n'était pas une sous-licence, mais a néanmoins accordé l'ordonnance d'interdiction en faisant valoir que, parce que la préparation de la nizatidine sous une autre forme pour fins de consommation au Canada violerait les brevets d'Eli Lilly, l'ADA n'était pas fondé. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel d'Apotex, mais pour le motif que l'accord en question constituait une sous-licence.

En juillet 1993, Novopharm a déposé un ADA à l'appui de sa propre demande d'ADC relativement à la nizatidine, et a invoqué sa propre licence obligatoire pour dire qu'il n'y avait pas eu de violation des brevets en cause. Eli Lilly et Eli Lilly Canada ont présenté à la Cour fédérale, Section de première instance, une demande d'ordonnance d'interdiction (*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, C.S.C., n° 25402 (*Novopharm*)) visant à empêcher le Ministre de délivrer l'ADC demandé à Novopharm, pour le motif que la licence de cette dernière avait été annulée et que Novopharm ne pouvait donc pas obtenir le médicament en vrac d'une

was dismissed at trial but this decision was reversed by the Federal Court of Appeal.

The issue common to both appeals is whether the agreement between Apotex and Novopharm constituted a sublicense, such as to justify Eli Lilly's purported termination of Novopharm's compulsory licence. If it did, then the NOAs issued by both Novopharm and Apotex were not justified and the requested prohibition order should issue. Each appeal also raises other discrete issues. Specifically, in the *Novopharm* proceeding, this Court is asked to determine: (1) whether the Federal Court of Appeal erred in applying its decision in *Apotex #1* to the *Novopharm* appeal, whether as *res judicata* or otherwise; (2) whether Novopharm's NOA was not justified, regardless of whether its compulsory licence was terminated by breach, because the licence did not permit the activities which the NOA proposed; and (3) whether the Federal Court had the jurisdiction to grant declaratory relief on a limited judicial review proceeding of this type. In *Apotex #1*, it is further alleged that, apart from the primary issue of infringement, Apotex's proposed reformulation into final-dosage form would itself constitute an infringement of the patents held by Eli Lilly, and that the prohibition order should therefore have issued regardless of whether or not the supply agreement constituted a sublicense.

Held: The appeals should be allowed.

A sublicense amounts to a grant by a licensee of certain licensed rights to a third party, the sublicensee. By the grant of a licence, the patentee grants to the licensee the right to act in a certain way *vis à vis* the patented article, a right which, but for the licence, the licensee would not enjoy. Thus, for Novopharm to have granted a sublicense to Apotex, it must have granted, either expressly or impliedly, the right to do something which Apotex would otherwise be prohibited from doing, and which Novopharm was permitted to do only by virtue of its compulsory licence. This may have been accomplished either by virtue of some express provision or provisions of the agreement, or by virtue of its actual legal effect (even if this runs contrary to the subjective intentions of the parties).

The ultimate goal of contractual interpretation should be to ascertain the true intent of the parties at the time of entry into the contract. The contractual intent of the parties is to be determined by reference to the words they

manière n'emportant pas contrefaçon. La demande a été rejetée en première instance, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale.

La question commune aux deux pourvois est de savoir si l'accord d'approvisionnement entre Apotex et Novopharm est une sous-licence, de manière à justifier l'annulation voulue par Eli Lilly de la licence obligatoire de Novopharm. Dans l'affirmative, les ADA déposés par Novopharm et Apotex n'étaient pas fondés et il y a lieu de rendre l'ordonnance d'interdiction demandée. Chaque pourvoi soulève également d'autres questions distinctes. Plus précisément, dans l'affaire *Novopharm*, notre Cour est appelée à décider (1) si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant à l'affaire *Novopharm* son arrêt *Apotex n° 1*, que ce soit à titre de chose jugée ou pour un autre motif, (2) si l'ADA de Novopharm était non fondé, peu importe que sa licence obligatoire ait ou non été annulée pour cause de violation, parce que la licence n'autorisait pas les activités proposées dans l'ADA, et (3) si la Cour fédérale avait compétence pour rendre un jugement déclaratoire dans le cadre d'une telle procédure de contrôle judiciaire limité. Dans *Apotex n° 1*, il est aussi allégué que, outre la question principale de la contrefaçon, la préparation sous forme posologique définitive proposée par Apotex constituerait elle-même une violation des brevets d'Eli Lilly et qu'il y a donc lieu de rendre une ordonnance d'interdiction peu importe que l'accord d'approvisionnement constitue ou non une sous-licence.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Une sous-licence représente l'attribution par le titulaire d'une licence de certains droits conférés par celle-ci à un tiers, le titulaire de la sous-licence. Par l'attribution d'une licence, le breveté accorde au titulaire de cette licence le droit d'agir d'une certaine façon relativement à l'article breveté, droit dont le titulaire de la licence ne jouirait pas sans celle-ci. Ainsi, pour que Novopharm ait accordé une sous-licence à Apotex, elle doit avoir, expressément ou implicitement, accordé à Apotex le droit de faire quelque chose qu'il lui aurait par ailleurs été interdit de faire et que Novopharm n'aurait été autorisée à faire qu'en vertu de sa licence obligatoire. Cela peut avoir été accompli soit en vertu d'une seule ou de plusieurs dispositions explicites de l'accord, soit en vertu de son effet juridique réel (même s'il est contraire aux intentions subjectives des parties).

L'interprétation du contrat devrait viser en définitive à vérifier l'intention véritable des parties au moment de conclure le contrat. L'intention des parties contractantes doit être déterminée en fonction des mots qu'elles ont

used in drafting the document, possibly read in light of the surrounding circumstances which were prevalent at the time. Evidence of one party's subjective intention has no independent place in this determination. It is unnecessary to consider any extrinsic evidence at all when the document is clear and unambiguous on its face. Here, there was no ambiguity to the contract entered into between Apotex and Novopharm and further interpretive aids were therefore unnecessary. The evidence as to the subjective intentions of the principals at the time of drafting was thus inadmissible by virtue of the parol evidence rule especially since it did not go to the circumstances surrounding the making of the contract.

Nothing in the wording of the document suggested that the parties intended to grant sublicences to each other. Rather, every indication was that they intended to establish a commercial arrangement whereby the unlicensed party would enjoy the right to require the licensed party to use its various licences for the benefit of the unlicensed party by acquiring, potentially at the direction of the unlicensed party, and subsequently reselling to the unlicensed party, various patented medicines. While no express words of grant are required to create a sublicense, clearly the supply agreement, to have this character, must have transferred to Apotex more than simply the right to compel Novopharm to use its licence in a given way. But there was no indication that Apotex acquired any other independent rights under the compulsory licence. In fact, such an interpretation would be inconsistent with the combined effect of certain express provisions of the agreement.

To prove the existence of a sublicense, it must be established that the agreement was, in substance if not form, more than merely an elaborate arrangement under which future contracts for purchase and sale might be completed. The sale of a licensed article, while it does transfer to the purchaser the rights of use and alienation, does not have the automatic effect of constituting the purchaser a sublicensee; thus, the fact that a third party enjoys these rights cannot alone be indicative of the existence of a sublicense. Any number of ways exist in which a licensee can sell a licensed article to a third party with the complete range of ordinary incidents of ownership, without constituting that party a sublicensee. The rights of use and alienation can only be determinative of the existence of a sublicense where there has been no sale of the licensed article to the third party. In such a case, a right of use could only be derived from a sublicense of some type. Where the rights of the unli-

employés en rédigeant le document, éventuellement interprétés à la lumière des circonstances du moment. La preuve de l'intention subjective d'une partie n'occupe aucune place indépendante dans cette décision. Il n'est pas nécessaire de prendre en considération quelque preuve extrinsèque que ce soit lorsque le document est, à première vue, clair et sans ambiguïté. En l'espèce, le contrat intervenu entre Apotex et Novopharm ne comportait aucune ambiguïté et aucun autre outil d'interprétation n'était donc nécessaire. La preuve relative aux intentions subjectives des mandants au moment de la rédaction était donc irrecevable en vertu de la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, étant donné, particulièrement, qu'elle ne touchait pas les circonstances de la signature du contrat.

Rien dans le texte du document ne laissait supposer que les parties voulaient s'accorder mutuellement des sous-licences. Tout indiquait au contraire qu'elles voulaient créer une entente commerciale en vertu de laquelle la partie non titulaire d'une licence aurait le droit de demander à la partie titulaire d'utiliser ses diverses licences à son profit pour acquérir, peut-être sur son ordre, divers médicaments brevetés, pour ensuite les lui revendre. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de prévoir expressément la création d'une sous-licence, il est évident que, pour constituer une sous-licence, l'accord d'approvisionnement doit avoir cédé à Apotex davantage que le simple droit d'obliger Novopharm à utiliser sa licence d'une certaine manière. Cependant, rien n'indiquait qu'Apotex acquérait d'autres droits indépendants conférés par la licence obligatoire. En réalité, pareille interprétation serait incompatible avec l'effet conjugué de certaines dispositions explicites de l'accord.

Pour prouver l'existence d'une sous-licence, il faut établir que l'accord était, sur le plan du fond sinon de la forme, plus qu'une entente détaillée aux termes de laquelle de futurs contrats de vente pourraient être signés. Bien qu'elle transfère à l'acquéreur les droits d'utilisation et d'aliénation, la vente d'un article autorisé n'a pas automatiquement pour effet de faire de l'acheteur un titulaire de sous-licence; par conséquent, le fait qu'un tiers jouisse de ces droits ne saurait indiquer en soi l'existence d'une sous-licence. Il existe un certain nombre de manières dont le titulaire d'une licence peut vendre un article autorisé à un tiers avec l'éventail complet des attributs ordinaires de la propriété, sans pour autant faire de ce dernier un titulaire de sous-licence. Les droits d'utilisation et d'aliénation ne peuvent être déterminants quant à l'existence d'une sous-licence que lorsqu'il n'y a eu aucune vente au tiers de l'article autorisé. En pareil cas, un droit d'utilisation ne pourrait

censed party are derived from a sale of licensed material, it would be misleading to rely on the rights of use and alienation as a basis for the conclusion that a sublicense has been or is to be granted. This situation was plainly contemplated by the supply agreement here, under which the only way Apotex could acquire bulk nizatidine was by purchasing it from Novopharm, not directly from Novopharm's supplier.

Further, because legitimate transfers were to take place between separate entities, dealing at arm's length, the contemplated transactions could not be characterized, *ex ante*, as shams. While it was theoretically possible that the agreement could be implemented in an infringing way, it had not yet been implemented at all and thus any suggestion of infringement was speculative. The agreement did not, on its face or in its actual legal effect, amount to a sublicense.

The degree of control likely to be exercised by Apotex over the acquisition of nizatidine would not result in a situation where Novopharm in reality would be acting as Apotex's agent. Nor would Novopharm, because of its allegedly standing in the shoes of Apotex, become an unlicensed entity. Under the supply agreement, any contractual relations that might be established for the purchase of nizatidine would be between Novopharm and the third-party supplier. Apotex would not be a party to the contract; Novopharm would not be entering into the contract "on behalf of" Apotex in any sense. The notion of an agent's entering into contractual relations with the third party is inimical to the entire concept of agency, which contemplates the agent's binding the principal, not itself, to contractual relations and obligations.

Given that the agreement was properly characterized as a supply agreement and given that the agreement had not been implemented at the material time, it was not necessary to decide if the Federal Court of Appeal erred in applying its decision in *Apotex #1* to its decision in *Novopharm*.

Since the appropriate date for assessment of a NOA, where a prohibition order is sought by a patentee, is the date of hearing and not the date on which the NOA was issued (see *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare*, S.C.C., No. 25419 (*Apotex #2*)), Novopharm's NOA was not premature and therefore unjustified. Pursuant to s. 39.14 of the *Patent Act*, it was entitled to manufacture the medicine

découler que d'une sous-licence quelconque. Quand les droits de la partie non titulaire d'une licence découlent de la vente d'une substance autorisée, il serait trompeur de se fonder sur les droits d'utilisation et d'aliénation pour conclure qu'une sous-licence a été ou va être accordée. En l'espèce, cette situation était nettement envisagée par l'accord d'approvisionnement aux termes duquel la seule façon dont Apotex pouvait acquérir de la nizatidine en vrac était auprès de Novopharm et non pas directement auprès du fournisseur de Novopharm.

En outre, parce que des cessions légitimes devaient avoir lieu entre des entités distinctes qui n'avaient entre elles aucun lien de dépendance, les opérations envisagées ne pouvaient pas être qualifiées *ex ante* de subterfuges. S'il était théoriquement possible que l'accord soit exécuté d'une manière emportant contrefaçon, il n'avait toujours pas été exécuté et toute proposition selon laquelle il y avait contrefaçon était conjecturale. Cet accord ne constituait une sous-licence ni à première vue ni en vertu de son effet juridique réel.

Le contrôle qu'Apotex exercerait vraisemblablement sur l'acquisition de nizatidine ne ferait pas en sorte que Novopharm se trouverait, en réalité, à agir en qualité de mandataire d'Apotex. Novopharm ne deviendrait pas non plus une entité non titulaire d'une licence parce qu'elle semblerait avoir pris la place d'Apotex. Aux termes de l'accord d'approvisionnement tout rapport contractuel qui pourrait être établi pour l'achat de nizatidine serait entre Novopharm et le tiers fournisseur. Apotex ne serait pas partie au contrat; Novopharm ne conclurait pas le contrat «pour le compte» d'Apotex de quelque manière que ce soit. L'idée qu'un mandataire établisse un rapport contractuel avec le tiers va à l'encontre du concept même de mandat, qui suppose que le mandataire lie le mandant et ne se lie pas lui-même par des rapports et des obligations contractuels.

Étant donné que l'accord a été qualifié à juste titre d'accord d'approvisionnement et qu'il n'avait pas été exécuté à l'époque pertinente, il n'était pas nécessaire de décider si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant son arrêt *Apotex n° 1* à l'affaire *Novopharm*.

Puisque la date appropriée pour évaluer un ADA, lorsqu'une ordonnance d'interdiction est demandée par le breveté, est celle de l'audition et non celle du dépôt de l'ADA (voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, C.S.C., n° 25419 (*Apotex n° 2*)), l'ADA de Novopharm n'était pas prématuré et n'était donc pas non fondé. Selon l'art. 39.14 de la *Loi sur les brevets*, Novopharm

itself or through Canadian agents seven years after the date of the issue of the first NOC to Eli Lilly Canada. As this seven-year period had expired before the date the application was heard, Novopharm was entitled, as of the date of hearing, to manufacture or have made the drug for its own use, for sale for consumption in Canada. The NOA did not specify that the nizatidine was to be imported and not produced in Canada, and so, at the date of hearing, there existed at least one non-infringing way for Apotex to obtain the necessary medicine.

In light of its other findings, it was not necessary for the Court to grant declaratory relief to the effect that Eli Lilly failed to show either that the NOA was not justified, or that it was entitled to terminate the compulsory licence. Moreover, in light of the limited nature of these judicial review proceedings, it would be inappropriate for this Court to declare conclusively, and for purposes other than those of these appeals, that the supply agreement did not constitute a sublicense or a transfer of the compulsory licence from Novopharm to Apotex. Accordingly, the requested declaratory relief was denied.

Absent express conditions to the contrary, a purchaser of a licensed article is entitled to deal with the article as he or she sees fit, so long as such dealings do not infringe the rights conferred by the patent. The reformulation of nizatidine into final-dosage form would not have the effect of creating a new article, such as to infringe Eli Lilly's patent. Rather, reformulation is more akin to repackaging the substance into a commercially usable form, which is not a violation of any rights under the patents. The right of use and sale which Apotex would acquire inherently, through its acquisition of nizatidine from Novopharm, encompasses the right to use and sell things produced with this nizatidine, including capsules in final-dosage form. This is, in reality, the only practical use of bulk medicine in the hands of a purchaser, which may explain why reformulation was implicitly contemplated by the compulsory licence held by Novopharm. Apotex therefore would not infringe the patents held by Eli Lilly simply by selling the medicine in the form contemplated by the NOA. This is particularly so when the exclusive rights enjoyed by the patentee under the patent are limited, in essence, to the formulation of bulk medicine according to the patented process. Nothing in the reformulation process can be seen as infringing upon this right. Thus, in the absence of some express prohibition in the compulsory licence, the right to reformulate should be seen as inherent to the

aurait le droit de fabriquer le médicament elle-même ou par l'intermédiaire de mandataires canadiens sept ans après la date de délivrance du premier ADC à Eli Lilly Canada. Vu que ce délai de sept ans avait expiré avant la date d'audition de la demande, Novopharm avait, à la date de l'audition, le droit de fabriquer ou de faire fabriquer le médicament pour son propre usage, dans le but de le vendre à des fins de consommation au Canada. L'ADA ne précisait pas que la nizatidine devait être importée et non produite au Canada et ainsi, à la date de l'audition, Apotex disposait d'au moins un moyen n'important pas contrefaçon d'obtenir le médicament requis.

Compte tenu de ses autres conclusions, il n'était pas nécessaire à la Cour d'accorder un jugement déclarant qu'Eli Lilly n'avait pas démontré que l'ADA n'était pas fondé ou qu'elle avait le droit d'annuler la licence obligatoire. En outre, en raison de la nature limitée des présentes procédures de contrôle judiciaire, il ne conviendrait pas que notre Cour déclare péremptoirement, et à des fins autres que celles des présents pourvois, que l'accord d'approvisionnement ne constituait ni une sous-licence ni une cession de la licence obligatoire de Novopharm à Apotex. En conséquence, le jugement déclaratoire demandé a été refusé.

En l'absence de conditions contraires expresses, l'acheteur d'un article autorisé a le droit d'en disposer à son gré pourvu que, ce faisant, il ne viole pas les droits conférés par le brevet. La préparation de la nizatidine sous forme posologique définitive n'aurait pas pour effet de créer un nouvel article de manière à violer le brevet d'Eli Lilly. La préparation sous une autre forme s'apparente plutôt davantage à un nouveau conditionnement de la substance sous une forme commercialement utilisable, ce qui ne viole aucun droit conféré par les brevets. Le droit d'utilisation et de vente qui est inhérent à l'acquisition par Apotex de la nizatidine de Novopharm englobe le droit d'utiliser et de vendre les choses produites au moyen de cette nizatidine, y compris les gélules sous forme posologique définitive. Cela représente, en réalité, le seul usage pratique qu'un acheteur peut faire du médicament en vrac, ce qui peut expliquer pourquoi la préparation sous une autre forme était implicitement envisagée par la licence obligatoire de Novopharm. Apotex ne violerait donc pas les brevets d'Eli Lilly simplement en vendant le médicament sous la forme envisagée par l'ADA. Cela est particulièrement vrai lorsque les droits exclusifs conférés au breveté par le brevet sont limités essentiellement à la préparation du médicament en vrac suivant le procédé breveté. Le procédé de préparation sous une autre forme ne peut aucunement être considéré comme violant ce droit. Ainsi, en

purchaser's right to deal with licensed material as he or she sees fit. Eli Lilly accordingly failed in its various efforts to establish that Apotex's NOA was not justified and that a prohibition order should thus be issued.

l'absence de quelque interdiction expresse dans la licence obligatoire, le droit de préparation sous une autre forme devrait être considéré comme inhérent au droit de l'acheteur de disposer à son gré de la substance autorisée. En conséquence, malgré ses divers efforts en ce sens, Eli Lilly n'a pas réussi à établir que l'ADA d'Apotex n'était pas fondé et qu'il y avait donc lieu de rendre une ordonnance d'interdiction.

Cases Cited

Distinguished: *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Shell Oil Co.*, 227 USPQ 233 (1985); **referred to:** *Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Glaxo Wellcome Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133, rev'd in part [1995] 2 F.C. 723; *Carey v. United States*, 326 F.2d 975 (1964); *Howard and Bullough, Ld. v. Tweedales and Smalley* (1895), 12 R.P.C. 519; *Lampson v. City of Quebec* (1920), 54 D.L.R. 344; *Joy Oil Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 624; *Indian Molybdenum Ltd. v. The King*, [1951] 3 D.L.R. 497; *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605; *Gillette v. Rea* (1909), 1 O.W.N. 448; *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. App. 245; *Intel Corp. v. ULSI System Technology Inc.*, 995 F.2d 1566 (1993); *Cyrix Corp. v. Intel Corp.*, 77 F.3d 1381 (1996); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. v. Menck*, [1911] A.C. 336; *Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada, Ltd.*, [1970] S.C.R. 833, aff'g [1969] 1 Ex. C.R. 529; *Rucker Co. v. Gavel's Vulcanizing Co.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 294.

Statutes and Regulations Cited

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(4), 39.11 [ad. c. 33 (3rd Supp.)], s. 15], 39.14 [idem].
Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2, s. 11(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4(1), 5, 6, 7.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *E.I. du Pont de Nemours & Co. c. Shell Oil Co.*, 227 USPQ 233 (1985); **arrêt mentionnés:** *Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Glaxo Wellcome Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133, inf. en partie par [1995] 2 C.F. 723; *Carey c. United States*, 326 F.2d 975 (1964); *Howard and Bullough, Ld. c. Tweedales and Smalley* (1895), 12 R.P.C. 519; *Lampson c. City of Quebec* (1920), 54 D.L.R. 344; *Joy Oil Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 624; *Indian Molybdenum Ltd. c. The King*, [1951] 3 D.L.R. 497; *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Isler*, [1906] 1 Ch. 605; *Gillette c. Rea* (1909), 1 O.W.N. 448; *Betts c. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. App. 245; *Intel Corp. c. ULSI System Technology Inc.*, 995 F.2d 1566 (1993); *Cyrix Corp. c. Intel Corp.*, 77 F.3d 1381 (1996); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. c. Menck*, [1911] A.C. 336; *Libbey-Owens-Ford Glass Co. c. Ford Motor Co. of Canada, Ltd.*, [1970] R.C.S. 833, conf. [1969] 1 R.C. de l'É. 529; *Rucker Co. c. Gavel's Vulcanizing Co.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 294.

Lois et règlements cités

Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2, art. 11(1).
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39(4), 39.11 [aj. ch. 33 (3^e suppl.)], art. 15], 39.14 [idem].
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(1), 5, 6, 7.

Authors Cited

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Melville, Leslie W. *Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, vol. 1, 3rd ed. rev. New York: West Group, 1997 (loose-leaf updated August 1997, release 29).

APPEAL (*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, S.C.C., No. 25402) from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 67 C.P.R. (3d) 377, 197 N.R. 291, [1996] F.C.J. No. 576 (QL), allowing an appeal from a judgment of McGillis J. (1995), 60 C.P.R. (3d) 181, 91 F.T.R. 161, [1995] F.C.J. No. 238 (QL), granting an application for judicial review and prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance. Appeal allowed.

APPEAL (*Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, S.C.C., No. 25348) from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 66 C.P.R. (3d) 329, 195 N.R. 378, [1996] F.C.J. No. 425 (QL), dismissing an appeal from a judgment of McGillis J. (1995), 60 C.P.R. (3d) 206, 91 F.T.R. 181, [1995] F.C.J. No. 237 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed.

Harry B. Radomski, Richard Naiberg and David Scrimger, for the appellant Apotex Inc.

Donald N. Plumley, Q.C., Mark Mitchell and Stephanie Chong, for the appellant Novopharm Limited.

Anthony G. Creber and David Watson, Q.C., for the respondents Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — A single agreement entered into by Novopharm Limited (“Novopharm”) and Apotex Inc. (“Apotex”), competitors in the pharmaceutical industry, has given rise to litigation

Doctrine citée

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Melville, Leslie W. *Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, vol. 1, 3rd ed. rev. New York: West Group, 1997 (loose-leaf updated August 1997, release 29).

POURVOI (*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, C.S.C., n° 25402) contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (1996), 67 C.P.R. (3d) 377, 197 N.R. 291, [1996] A.C.F. n° 576 (QL), qui a accueilli l’appel d’un jugement du juge McGillis (1995), 60 C.P.R. (3d) 181, 91 F.T.R. 161, [1995] A.C.F. n° 238 (QL), qui avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire et interdit au Ministre de délivrer un avis de conformité. Pourvoi accueilli.

POURVOI (*Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, C.S.C., n° 25348) contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (1996), 66 C.P.R. (3d) 329, 195 N.R. 378, [1996] A.C.F. n° 425 (QL), qui a rejeté l’appel d’un jugement du juge McGillis (1995), 60 C.P.R. (3d) 206, 91 F.T.R. 181, [1995] A.C.F. n° 237 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli.

Harry B. Radomski, Richard Naiberg et David Scrimger, pour l’appelante Apotex Inc.

Donald N. Plumley, c.r., Mark Mitchell et Stephanie Chong, pour l’appelante Novopharm Limited.

Anthony G. Creber et David Watson, c.r., pour les intimées Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Un seul et même accord intervenu entre Novopharm Limited («Novopharm») et Apotex Inc. («Apotex»), des concurrents dans l’industrie pharmaceutique, est à l’ori-

resulting in no fewer than three appeals to this Court. In addition to the two instant cases, which I shall refer to as “*Novopharm*” and “*Apotex #1*”, reasons in *Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 193 (“*Apotex #2*”), are also being released today. The issue common to all three is whether the agreement in question constitutes a simple supply agreement, as alleged by the two parties to the agreement, or, as alleged by the various respondents, a sublicense to exercise the rights acquired by Novopharm pursuant to compulsory licences obtained prior to recent changes to the legislative regime which governs patented medicines. This determination is key to the resolution of the issues in these appeals because, as shall be discussed, the grant of a sublicense by Novopharm could justify the termination by the patentee of the compulsory licence in question and render the supply agreement useless.

² Owing to the intertwining nature of the lower court decisions in *Novopharm* and *Apotex #1*, I shall deal with these two appeals in one set of reasons. In addition to the common issue of interpretation, each case raises a number of other issues, which I shall endeavour to deal with appropriately as they arise.

I. Background

A. *The Patents and the Compulsory Licence*

³ Prior to February, 1993, there existed in Canada a compulsory licensing regime with respect to patents for pharmaceuticals. Under s. 39(4) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as it then existed, in respect of any patent intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine, any person could make an application for a licence:

gine d’une litige ayant entraîné pas moins de trois pourvois devant notre Cour. Outre les deux présents pourvois, que je vais appeler «*Novopharm*» et «*Apotex n° 1*», des motifs sont également déposés aujourd’hui dans l’affaire *Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 193 («*Apotex n° 2*»). La question litigieuse commune aux trois pourvois est de savoir si l’accord en cause est un simple accord d’approvisionnement, comme le prétendent les deux parties qui l’ont signé, ou s’il s’agit, comme l’allèguent les divers intimés, d’une sous-licence permettant d’exercer les droits que Novopharm a acquis en vertu de licences obligatoires obtenues avant les récentes modifications apportées au régime législatif applicable aux médicaments brevetés. La décision à ce sujet est la clef de la solution des questions en litige dans ces pourvois parce que, comme nous le verrons, l’attribution d’une sous-licence par Novopharm pourrait justifier l’annulation, par le breveté, de la licence obligatoire en cause et rendre inutile l’accord d’approvisionnement.

Comme les décisions des tribunaux d’instance inférieure dans les affaires *Novopharm* et *Apotex n° 1* se recoupent, je vais statuer sur ces deux pourvois dans les mêmes motifs. Outre la question commune d’interprétation, chacun de ces pourvois soulève un certain nombre d’autres questions que je vais m’efforcer de régler de manière appropriée au fur et à mesure qu’elles se présenteront.

I. Contexte

A. *Les brevets et la licence obligatoire*

Avant février 1993, il y avait, au Canada, un régime de licences obligatoires applicable aux brevets portant sur des médicaments. Aux termes du par. 39(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, en vigueur à l’époque, une personne pouvait présenter une demande de licence à l’égard d’un brevet portant sur une invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d’être utilisée à de telles fins:

39. . . .

(4) . . .

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, import any medicine in the preparation or production of which the invention has been used or sell any medicine in the preparation or production of which the invention has been used, or

(b) where the invention is other than a process, to import, make, use or sell the invention for medicine or for the preparation or production of medicine. . . .

According to the terms of s. 39(4), the Commissioner of Patents was obliged to grant to the applicant a licence to do the things specified in the application unless there existed a good reason not to grant such licence.

These appeals relate to two Canadian patents owned by Eli Lilly and Company ("Eli Lilly") in respect of the medication nizatidine: one in respect of the medicine itself and one in respect of the process by which the medicine is made. On December 31, 1987, the Department of National Health and Welfare granted a notice of compliance ("NOC") to Eli Lilly Canada Inc. ("Eli Lilly Canada"), pursuant to s. C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, thereby permitting Eli Lilly Canada to market 150 mg and 300 mg final-dosage form capsules of nizatidine for consumption in Canada. To date, no other company has been issued a NOC in respect of nizatidine.

On January 17, 1990, Novopharm applied under s. 39(4) of the *Patent Act* for a compulsory licence under the patents owned by Eli Lilly. The application was vigorously contested by Eli Lilly, but, it was found that none of the objections constituted a valid reason to refuse the application and the Commissioner of Patents accordingly granted the licence, as he was obliged to do under the Act as it then existed. The licence, which, unless validly terminated by Eli Lilly (a very contentious issue in the instant appeals), is still in force, permits Novopharm to use the patented process to make nizatidine for the preparation or production of

39. . . .

(4) . . .

a) lorsque l'invention consiste en un procédé, utiliser l'invention pour la préparation ou la production de médicaments, importer tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ou vendre tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée;

b) lorsque l'invention consiste en autre chose qu'un procédé, importer, fabriquer, utiliser ou vendre l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments . . .

Selon le par. 39(4), le commissaire aux brevets était tenu d'accorder au requérant ou demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande, sauf s'il avait de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence.

Les présents pourvois concernent les deux brevets canadiens relatifs au médicament nizatidine, que possède Eli Lilly and Company («Eli Lilly»): l'un pour le médicament lui-même, l'autre pour le procédé de fabrication du médicament. Le 31 décembre 1987, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a délivré un avis de conformité («ADC») à Eli Lilly Canada Inc. («Eli Lilly Canada»), conformément à l'art. C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, autorisant ainsi Eli Lilly Canada à mettre en marché pour fins de consommation au Canada des gélules de nizatidine sous forme posologique définitive de 150 mg et de 300 mg. Jusqu'à maintenant, aucune autre société n'a obtenu un ADC à l'égard de la nizatidine.

Le 17 janvier 1990, Novopharm a présenté, conformément au par. 39(4) de la *Loi sur les brevets*, une demande de licence obligatoire en vertu des brevets d'Eli Lilly. La demande a été vigoureusement contestée par Eli Lilly, mais il a été jugé qu'aucune des objections soulevées ne représentait une raison valable de rejeter la demande et le commissaire aux brevets a donc accordé la licence, comme la Loi l'obligeait à le faire à l'époque. La licence, qui est toujours en vigueur, à moins d'être annulée valablement par Eli Lilly (point fort controversé dans les présents pourvois), permet à Novopharm de recourir au procédé breveté pour fabri-

4

5

medicine, and to import and/or sell medicine made by the process. It also permits Novopharm to make, use, sell and import either or both of the invention for medicine and the invention for the preparation or the production of medicine. The royalty rate to be paid by Novopharm to Eli Lilly Canada on sales of the medicine in final-dosage form is fixed at six percent of the selling price. The Commissioner of Patents, in a decision dated October 21, 1991, found that the licence is not restricted to the forms of medicine listed by Novopharm in its application, as such "would place unnecessary limits on [Novopharm's] operations under the licence".

6 Certain other specific terms and conditions of the licence are also relevant. Paragraph 1 contains terms and conditions pertaining to the calculation of royalties for the sale of nizatidine to arm's length purchasers and contemplates the sale of the medication by Novopharm in both final-dosage and bulk forms, stipulating royalty rates for each. Novopharm is also required, under paragraphs 3 and 4, to obtain quarterly statements showing the descriptions, quantities, net selling prices and royalty computations resulting from the operations of arm's length purchasers of the medicine, non-arm's length purchasers of the medicine in final-dosage form, and any subsequent non-arm's length purchasers from the latter.

7 Paragraph 9 of the licence, which is of paramount importance to this appeal, provides Eli Lilly with the option to terminate the licence upon any breach of its terms by Novopharm by giving notice in writing. In the event that Novopharm fails to rectify the breach within 30 days, the licence is terminated automatically. However, under paragraph 10, if Novopharm disputes the breach by written notice to Eli Lilly, the licence is not terminated pending adjudication by the courts or arbitration as agreed upon by the parties. Finally, paragraph 12 stipulates that the licence is non-transferable, and

quer de la nizatidine aux fins de la préparation ou de la production de médicaments, et d'importer et de vendre les médicaments obtenus grâce à ce procédé. Elle autorise également Novopharm à fabriquer, utiliser, vendre et importer l'invention pour des médicaments de même que l'invention pour la préparation ou la production de médicaments. La redevance due par Novopharm à Eli Lilly Canada pour la vente du médicament sous forme posologique définitive est fixée à six pour cent du prix de vente. Dans une décision en date du 21 octobre 1991, le commissaire aux brevets a conclu que la licence ne se limite pas aux formes de médicament énumérées par Novopharm dans sa demande, étant donné que [TRADUCTION] «cela restreindrait indûment les activités [de Novopharm] en vertu de la licence».

Certaines autres modalités particulières de la licence sont aussi pertinentes. L'article 1 énonce les modalités de calcul de la redevance pour les ventes de nizatidine à des acquéreurs sans lien de dépendance et prévoit la vente par Novopharm du médicament sous forme posologique définitive et en vrac, fixant le taux de la redevance pour l'une et l'autre forme. Aux termes des articles 3 et 4, Novopharm est aussi obligée de se procurer des états trimestriels qui donnent la description, la quantité, le prix de vente net et les montants de redevance découlant des activités des acquéreurs, sans lien de dépendance, du médicament, des acquéreurs, avec lien de dépendance, du médicament sous forme posologique définitive et de tout acquéreur subséquent ayant un lien de dépendance avec ces derniers.

L'article 9 de la licence, qui revêt une importance primordiale en l'espèce, confère à Eli Lilly la faculté d'annuler la licence par préavis écrit, dans le cas où Novopharm en violerait les conditions. Si jamais Novopharm ne remédie pas à la violation dans un délai de 30 jours, la licence est annulée automatiquement. Toutefois, suivant l'article 10, si Novopharm conteste l'existence de la violation au moyen d'un avis écrit à Eli Lilly, la licence demeure en vigueur en attendant qu'une décision soit prise par une cour de justice ou à la suite d'une procédure d'arbitrage convenue par les parties.

that Novopharm is prohibited from granting “any sublicense”.

B. The Supply Agreement Between Novopharm and Apotex

On November 27, 1992, Novopharm and Apotex entered into what they described as a “supply agreement”, in anticipation of proposed changes to the *Patent Act*, then embodied in Bill C-91. It was expected that this bill, if passed, would both eliminate the then-existing compulsory licensing regime and threaten the existing licences and licence applications of both companies. The agreement was drafted, apparently without the advice of counsel, by Dr. Bernard Sherman, the president of Apotex, and Mr. Leslie Dan, the president of Novopharm, and reads as follows:

WHEREAS THE Federal Government has introduced Bill C-91 which, if passed, would eliminate compulsory licensing under the Patent Act,

AND WHEREAS Apotex and Novopharm have various licences and licence applications pending which are threatened by Bill C-91,

AND WHEREAS, depending on the cut-off dates that will pertain when Bill C-91 is finalized, it is expected that the parties hereto each may hold valid licences for products for which the other may not hold valid licences, details of which cannot be predicted at this time,

AND WHEREAS for their mutual benefit in relation to other competitors, the parties wish to ensure that they have available for use licences on the maximum number of products,

AND WHEREAS the parties have thus agreed that they will share their rights under licences for any product for which only one of the parties may hold a useable licence,

NOW THEREFORE in consideration of the premises and the mutual covenants and other good and valuable consultations, receipt of which is hereby acknowledged, the parties hereto agree as follows:

Finally, l'article 12 prévoit que la licence est inaccessibile et qu'il est interdit à Novopharm d'accorder [TRADUCTION] «une sous-licence».

B. L'accord d'approvisionnement entre Novopharm et Apotex

Le 27 novembre 1992, Novopharm et Apotex ont conclu ce qu'elles ont appelé un «accord d'approvisionnement» en prévision des modifications proposées à la *Loi sur les brevets* dans le projet de loi C-91. On s'attendait à ce que, s'il était adopté, ce projet de loi éliminerait le régime de licences obligatoires alors existant et compromettrait les licences existantes et les demandes de licence des deux sociétés. Le président d'Apotex, Bernard Sherman, et le président de Novopharm, Leslie Dan, ont rédigé l'accord sans recourir, semble-t-il, aux services d'un conseiller juridique. Voici le texte de cet accord:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi C-91 qui, s'il est adopté, aura pour effet de supprimer l'octroi de licences obligatoires aux termes de la Loi sur les brevets;

ATTENDU QU'Apotex et Novopharm sont titulaires de différentes licences et qu'elles ont présenté différentes demandes de licence qui sont compromises par le projet de loi C-91;

ATTENDU QUE, selon les dates limites qui s'appliqueront une fois la version finale du projet de loi C-91 adoptée, il est prévu que chacune des parties aux présentes pourra détenir des licences valides à l'égard de certains produits, à l'exclusion de l'autre, plus de précisions ne pouvant actuellement être données à ce sujet;

ATTENDU QUE, dans leur intérêt commun face aux autres concurrents, les parties souhaitent prendre des mesures afin de pouvoir utiliser des licences visant le plus de produits possible;

ATTENDU QUE les parties ont convenu de partager leurs droits aux termes de licences à l'égard de tout produit pour lequel une seule d'entre elles détient une licence utilisable.

En contrepartie de ce qui précède, des engagements pris de part et d'autre et par ailleurs à titre onéreux, LES PARTIES AUX PRÉSENTES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT:

1. At any time subsequent to the date upon which Bill C-91 or any Bill derived therefrom is enacted and proclaimed, for any product for which one party (hereinafter the "licensed" party) shall hold a useable licence and the other party (hereinafter called the "unlicensed party") shall not, the licensed party shall, at the request of the unlicensed party, use its licence for the benefit of the unlicensed party in the manner hereinafter set out.

2. In the event that the licence is a licence to import, the licensed party shall import from such source, in such quantity, and on such terms as the unlicensed party shall direct, and shall resell the imported goods to the unlicensed party at the cost thereof together with such royalties as shall be payable under the terms of the licence.

3. In the event that the licence is a licence to manufacture in Canada, the licensed party shall enter into such contracts with Canadian chemical manufacturers as the unlicensed party shall direct for the manufacture of the relevant material and shall sell the manufactured materials to the unlicensed party at the cost thereafter together with such royalties as shall be payable under the terms of the licence.

4. In the event that the licensed party has a source of material from which it imports or in the event that the licensed party is producing the material under a licence to manufacture, and in the event that it is not possible for the unlicensed party to find another source from which to import, or at which to arrange for the manufacture of material, then the licensed party shall supply material to the unlicensed party from the licensed party's source at a price equal to the fair market price of the material together with such royalties as shall be payable under the terms of the licence. Any disagreement as to fair market price shall be settled by binding arbitration.

5. In addition to the payments provided for in paragraphs 2, 3 and 4 hereof, the unlicensed party shall pay to the licensed party a fee equal to 4% of the unlicensed party's net sales of product covered by any unexpired patent included in the licensed party's licence and purchased from the licensed party.

Within 60 days of the end of each quarter year the unlicensed party shall deliver to the licensed party payment of the fee on sales made during the previous quarter along with a statement certified by an independent auditor setting out the quantities sold, the net dollar sales, and the fee payable thereon.

1. À tout moment après l'adoption et la proclamation du projet de loi C-91 ou de tout projet de loi qui en découle, pour tout produit à l'égard duquel une partie (ci-après la «partie titulaire d'une licence») détient une licence utilisable et l'autre partie (ci-après la «partie non titulaire») n'en détient pas, la partie titulaire d'une licence, à la demande de la partie non titulaire, utilise sa licence au bénéfice de cette dernière suivant les modalités énoncées aux présentes.

2. Dans le cas d'une licence d'importation, la partie titulaire d'une licence se conforme aux instructions de la partie non titulaire quant à la source, à la quantité et aux conditions de l'importation et revend la marchandise importée à la partie non titulaire au prix coûtant majoré de la redevance payable aux termes de la licence.

3. Dans le cas d'une licence de fabrication au Canada, la partie titulaire d'une licence conclut des contrats avec des fabricants canadiens de produits chimiques selon les instructions de la partie non titulaire pour la fabrication de la substance en cause et vend les substances fabriquées à la partie non titulaire au prix coûtant majoré de la redevance payable aux termes de la licence.

4. Lorsque la partie titulaire d'une licence dispose d'une source d'importation de la substance ou si elle fabrique cette substance en application d'une licence de fabrication et que la partie non titulaire ne peut trouver une autre source d'importation de la substance ou un endroit où prendre des arrangements pour la fabrication de celle-ci, la partie titulaire d'une licence fournit la substance à la partie non titulaire à partir de la source dont elle dispose, à un prix égal au juste prix de la substance sur le marché, majoré de la redevance due aux termes de la licence. Tout désaccord concernant le juste prix du marché est réglé par voie d'arbitrage obligatoire.

5. En sus des paiements exigés aux articles 2, 3 et 4, la partie non titulaire verse à la partie titulaire d'une licence des droits équivalant à 4 % de ses ventes nettes d'un produit acheté à cette dernière et couvert par un brevet non expiré visé par la licence de la partie titulaire d'une licence.

Au plus tard 60 jours après l'expiration d'un trimestre, la partie non titulaire remet à la partie titulaire d'une licence les droits payables sur les ventes réalisées au cours du trimestre précédent ainsi que des états vérifiés par un vérificateur indépendant qui précisent les quantités vendues, les ventes nettes en dollars et les droits exigibles à leur égard.

6. The licensed party shall comply with the terms of the licence.

7. The licensed party shall not be excused from performing any act as directed by the unlicensed party pursuant to paragraphs 2 or 3 or 4 hereof, on the grounds that there is doubt as to whether or not the licence has remained in force or permits the requested acts, nor on the basis of litigation or threatened litigation by the patentee, provided that the unlicensed party shall undertake to defend any lawsuit against the licensed party resulting from such act and hold the licensed party harmless for the costs of such lawsuit any damage award arising therefrom.

8. For greater clarity, the foregoing paragraphs shall not be limiting, and the licensed party shall cooperate fully with the unlicensed party and follow the directions of the unlicensed party to enable the unlicensed party to enjoy the use of the licence to the same extent that would be possible if the unlicensed party itself held such licence, so long as the licensed party is held harmless from any such use.

9. The unlicensed party shall resell any product purchased from the licensed party only under its own label and shall not sell the product for resale under a label other than that of the unlicensed party.

10. Neither party will engage in preventing or blocking the accessibility [*sic*] of HPB clearance of any raw material affecting present and future pharmaceutical products.

11. This agreement shall expire on December 31, 1994 unless extended by mutual agreement.

12. Notwithstanding paragraph 11 hereof, if Bill C-91 is passed into law with an amendment that permits companies to continue to apply for and obtain compulsory licenses for any product for which a licence was issued to any one or more licence [*sic*] prior to December 20, 1991, then this agreement shall be terminated.

13. Notwithstanding paragraph 11 hereof, in relation to any specific licence in respect of which the unlicensed party shall have on or before December 31, 1994, advised the licensed party of an intention to utilize such licence, this agreement shall continue in force until expiry of the last patent covered by such licence.

On February 15, 1993, most of the provisions of the *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993,

6. La partie titulaire d'une licence se conforme aux conditions de la licence.

7. La partie titulaire d'une licence n'est pas dispensée d'accomplir un acte conformément aux instructions données par la partie non titulaire en application des articles 2, 3 ou 4 pour le motif qu'un doute subsiste quant à savoir si la licence est toujours valide ou permet l'acte en question, non plus que sur le fondement d'une contestation, actuelle ou éventuelle, de la part du breveté, dans la mesure où la partie non titulaire s'engage à assurer la défense de la partie titulaire d'une licence dans le cadre de toute poursuite judiciaire intentée contre celle-ci en raison de l'acte accompli et à la dédommager des frais de justice qu'elle engage et des dommages-intérêts auxquels elle est condamnée.

8. Il est entendu que les articles qui précèdent ne sont pas limitatifs et que la partie titulaire d'une licence collabore pleinement avec la partie non titulaire et se conforme aux instructions de cette dernière afin de lui permettre d'utiliser la licence tout comme si elle en était elle-même titulaire, dans la mesure où la partie titulaire d'une licence est protégée quant aux actes ainsi accomplis.

9. La partie non titulaire revend tout produit acheté à la partie titulaire d'une licence uniquement sous sa propre étiquette et elle s'interdit de vendre le produit en vue de sa revente sous une autre étiquette que la sienne.

10. Les parties s'abstiennent de faire obstacle à l'obtention d'une autorisation de la DGPS visant toute substance à l'état brut relative à des produits pharmaceutiques existants ou ultérieurs.

11. Le présent accord expire le 31 décembre 1994, sauf prorogation avec le consentement des parties.

12. Malgré l'article 11, si le projet de loi C-91 est adopté à l'issue d'un amendement qui permet aux sociétés de continuer de demander et d'obtenir des licences obligatoires à l'égard de tout produit pour lequel une licence a été délivrée à un ou plusieurs titulaires avant le 20 décembre 1991, le présent accord est résilié.

13. Malgré l'article 11, en ce qui concerne toute licence particulière à l'égard de laquelle la partie non titulaire informe la partie titulaire d'une licence, au plus tard le 31 décembre 1994, de son intention d'utiliser cette licence, le présent accord demeure en vigueur jusqu'à l'expiration du dernier brevet visé par cette licence.

Le 15 février 1993, la plupart des dispositions de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*,

c. 2, were proclaimed into force. On March 12, 1993, the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the "Regulations"), came into force and radically altered the procedures governing the issuance of NOCs, strengthening the monopoly position of the patentee by eliminating the compulsory licensing scheme and curtailing the ability of generic drug companies to obtain approval to market a patented medicine until the expiry of all relevant product and use patents. The new NOC regime is lucidly summarized in the following excerpt from the judgment of Teitelbaum J. in *Glaxo Wellcome Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129 (F.C.T.D.), at pp. 131-32:

A NOC, which formally authorizes a drug to be sold, is issued by the Minister after a drug manufacturer has complied on two fronts. The first element of compliance concerns the overall safety and efficacy of the drug: (see regulation C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870). The second element of compliance figures on the drug manufacturer's non-infringement of certain patents embodied in the drug. This second, rather more unexpected, patent-related requirement came into existence after changes to the compulsory licensing regime. Formerly, under a compulsory license, a generic drug manufacturer could obtain a licensed supply of a patented drug from the patent owner. The NOC process did not then concern itself with questions of patent infringement. However, with the abolition of compulsory licenses under the *Patent Act Amendment Act, 1992*, . . . (the "*Patent Act*") the regime for obtaining NOCs also changed. Generic drug manufacturers now seeking NOCs must file what is called a Notice of Allegation under Section 5 of the *Regulations*.

In effect, under Subsection 5(3) of the *Regulations*, in a "Notice of Allegation", the generic drug manufacturer, "the second person", signals its compliance with the patents embodied in a medicine. Under Section 4 of the

L.C. (1993), ch. 2, sont entrées en vigueur par proclamation. Le 12 mars 1993, le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le «Règlement»), est entré en vigueur et a modifié radicalement la procédure régissant la délivrance des ADC en renforçant le monopole exercé par le breveté, en abolissant le régime de licences obligatoires et en réduisant la capacité des fabricants de médicaments génériques d'obtenir l'autorisation de mettre en marché un médicament breveté avant l'expiration de tous les brevets pertinents visant un produit et une utilisation. Le nouveau régime d'ADC est résumé avec clarté dans l'extrait suivant des motifs rédigés par le juge Teitelbaum dans l'affaire *Glaxo Wellcome Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 131 et 132:

Le ministre délivre un avis de conformité, lequel autorise officiellement la vente d'un médicament, après que le fabricant de ce médicament a rempli deux conditions. La première condition concerne la sécurité et l'efficacité générales du médicament (voir l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870). La seconde condition concerne la non-contrefaçon par le fabricant du médicament de certains brevets incorporés dans le médicament. Cette seconde condition plutôt inattendue qui se rapporte au brevet a été créée après que des changements eurent été apportés au régime d'octroi de licences obligatoires. Auparavant, le fabricant de médicaments génériques qui détenait une licence obligatoire pouvait obtenir du breveté la fourniture sous licence d'une certaine quantité d'un médicament breveté. La procédure de délivrance de l'avis de conformité ne se préoccupait alors pas de questions de contrefaçon de brevet. Toutefois, par suite de l'abolition du régime d'octroi de licences obligatoires décrétée par la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* [. . .] (la «*Loi sur les brevets*»), le régime d'obtention d'un avis de conformité a également été modifié. Les fabricants de médicaments génériques qui cherchent à obtenir un avis de conformité doivent maintenant déposer ce qu'on appelle un avis d'allégation, conformément à l'article 5 du *Règlement*.

De fait, aux termes du paragraphe 5(3) du *Règlement*, dans un «avis d'allégation», le fabricant du médicament générique, «la seconde personne», indique qu'il respecte les brevets incorporés dans le médicament qu'il

Regulations, the patent owner or licensee, usually a brand name drug manufacturer like the applicants, submits a list of the patents that contain claims for the medicine itself or the use of the medicine. Under Section 3 of the *Regulations*, the Minister compiles the patent lists into a public document called the "Patent Register".

As required under s. 4(1) of the new Regulations, Eli Lilly Canada submitted a patent list, dated April 6, 1993, to the Minister of National Health and Welfare, which included the patents for nizatidine for which it held the NOC.

Apotex commenced efforts to obtain a NOC for 150 mg and 300 mg capsules of nizatidine under the new scheme, and accordingly sent a letter to Eli Lilly Canada, dated April 28, 1993, which constituted a Notice of Allegation ("NOA") as required by s. 5(3)(b) of the Regulations. In the NOA, Apotex alleged that no claim for the patented medicine itself or for the use of the medicine would be infringed by its making, constructing, using or selling the specified nizatidine capsules. In support of this allegation, Apotex relied upon the licence issued to Novopharm for nizatidine and upon the "mutual understanding" whereby Novopharm, the licensed party, would supply Apotex with raw materials obtained pursuant to its licence. Apotex stated that it had given Novopharm notice of its intention to obtain nizatidine, and undertook not to obtain, use, or sell any nizatidine other than from Novopharm until such time as the patents had expired.

The letter of intention referred to, also dated April 28, 1993, indicated that, because Apotex did not yet have a NOC to permit it to market nizatidine in Canada, it could not provide Novopharm with any specifics as to its requirements, but that it would advise in due course as to the required quantity and the manufacturer from whom the nizatidine should be purchased. Although Apotex did apparently locate a source for the nizatidine, it

fabrique. Aux termes de l'article 4 du *Règlement*, le propriétaire du brevet ou le titulaire d'une licence, habituellement le fabricant d'un médicament d'origine comme les requérantes, soumet une liste des brevets qui comportent des revendications pour le médicament en soi ou des revendications pour l'utilisation du médicament. Aux termes de l'article 3 du *Règlement*, le ministre inscrit les listes de brevets dans un registre public appelé «registre des brevets».

Conformément au par. 4(1) du nouveau règlement, Eli Lilly Canada a soumis au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social une liste de brevets, en date du 6 avril 1993, qui incluait les brevets relatifs à la nizatidine pour laquelle un ADC lui avait été délivré.

Apotex s'est efforcée d'obtenir un ADC fondé sur le nouveau régime pour les gélules de 150 mg et de 300 mg de nizatidine, et a donc fait parvenir à Eli Lilly Canada une lettre datée du 28 avril 1993, qui constituait un avis d'allégation («ADA») au sens de l'al. 5(3)(b) du Règlement. Dans cet ADA, Apotex prétendait qu'aucune revendication pour le médicament breveté lui-même ou pour l'utilisation du médicament ne serait contrefaite advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle des gélules de nizatidine en cause. À l'appui de cette allégation, Apotex invoquait la licence délivrée à Novopharm pour la nizatidine et l'«entente mutuelle» aux termes de laquelle Novopharm, la titulaire de la licence, fournirait à Apotex les substances à l'état brut obtenues en vertu de sa licence. Apotex a précisé qu'elle avait avisé Novopharm de son intention d'obtenir la nizatidine et s'est engagée à s'abstenir d'obtenir, d'utiliser ou de vendre de la nizatidine ne provenant pas de Novopharm, jusqu'à l'expiration des brevets.

Dans la lettre d'intention mentionnée, elle aussi datée du 28 avril 1993, il était indiqué que, comme Apotex ne disposait toujours pas d'un ADC lui permettant de mettre en marché la nizatidine au Canada, elle ne pouvait pas donner à Novopharm les détails de ses exigences, mais qu'elle lui communiquerait en temps utile la quantité requise et l'identité du fabricant auquel la substance devrait être achetée. Bien qu'Apotex ait apparemment

10

11

12

had not, by the date of the hearing of this appeal, disclosed the identity of the source to Novopharm, and the evidence remained sealed as confidential information.

13 Eli Lilly and Eli Lilly Canada brought an application, under s. 6(1) of the Regulations, for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC to Apotex at all or, alternatively, until after December 31, 1997, ten years after the issuance of the NOC to Eli Lilly Canada, which, under s. 39.11 of the *Patent Act*, would be the first date on which Apotex, without a NOC, would be entitled to import the patented medicine for consumption in Canada. This application forms the basis of the litigation in *Apotex #1*, upon which I shall elaborate shortly.

14 On July 15, 1993, Eli Lilly purported to exercise its option to terminate Novopharm's compulsory licence by providing 30 days' notice in writing to Novopharm. In support of the notice of termination, Eli Lilly alleged that Novopharm had breached the terms of the licence by granting a sublicense to Apotex. Novopharm denied this allegation, stating that the commercial agreement into which it had entered with Apotex did not constitute a sublicense or any transfer of rights under the licence. Novopharm apprised the Commissioner of Patents of the purported termination and its having disputed the allegations of breach.

C. *The Novopharm Proceeding*

15 On July 30, 1993, Novopharm issued a NOA in support of its own application for a NOC in relation to 150 mg and 300 mg capsules of nizatidine. It relied on its own compulsory licence as the basis for the non-infringement of the patents owned by Eli Lilly. On September 15, 1993, Eli Lilly and Eli Lilly Canada brought an application before the Federal Court — Trial Division, requesting a prohibition order to enjoin the Minister from issuing the requested NOC to Novopharm, on the grounds that Novopharm's licence had been terminated and

trouvé une source pour la nizatidine, elle n'en avait pas communiqué l'identité à Novopharm à la date de l'audition du présent pourvoi, et la preuve est demeurée sous scellés en tant que renseignement confidentiel.

Eli Lilly et Eli Lilly Canada ont présenté, en application du par. 6(1) du Règlement, une demande d'ordonnance interdisant au Ministre de délivrer un ADC à Apotex ou, subsidiairement, de le lui délivrer avant le 31 décembre 1997, soit dix ans après la délivrance de l'ADC à Eli Lilly Canada, qui, aux termes de l'art. 39.11 de la *Loi sur les brevets*, représenterait la première date à laquelle Apotex aurait le droit, sans ADC, d'importer le médicament breveté pour fins de consommation au Canada. Cette demande est à l'origine du litige dans *Apotex n° 1*, sur lequel je vais revenir un peu plus loin.

Le 15 juillet 1993, Eli Lilly a voulu exercer sa faculté d'annuler la licence obligatoire de Novopharm en lui donnant un préavis écrit de 30 jours. À l'appui de son avis d'annulation, Eli Lilly a allégué que Novopharm avait violé les conditions de la licence en accordant une sous-licence à Apotex. Novopharm a nié cette allégation, affirmant que l'accord commercial intervenu entre elle et Apotex ne constituait ni une sous-licence ni une cession de droits aux termes de la licence. Elle a prévenu le commissaire aux brevets de l'annulation projetée et de sa contestation des allégations de violation.

C. *L'affaire Novopharm*

Le 30 juillet 1993, Novopharm a déposé un ADA à l'appui de sa propre demande d'ADC relativement aux gélules de 150 mg et de 300 mg de nizatidine. Elle a invoqué sa propre licence obligatoire pour dire qu'il n'y avait pas eu de violation des brevets d'Eli Lilly. Le 15 septembre 1993, Eli Lilly et Eli Lilly Canada ont présenté à la Cour fédérale, Section de première instance, une demande d'ordonnance d'interdiction visant à empêcher le Ministre de délivrer l'ADC demandé à Novopharm, pour le motif que la licence de cette

that Novopharm could not, therefore, obtain the bulk medicine in a non-infringing way.

Meanwhile, Eli Lilly also brought a separate application in the Ontario Court of Justice (General Division), seeking a declaration that Novopharm's licence was terminated by virtue of its granting a sublicense to Apotex, contrary to the terms of the licence. Forget J. found that that court had concurrent jurisdiction with the Federal Court — Trial Division to grant the relief sought, but, applying the convenient forum test, held that the matter ought to be decided by the Federal Court in the context of the prohibition proceedings. Eli Lilly and Eli Lilly Canada then brought an interlocutory motion in the Federal Court to amend the originating notice of motion by adding a claim for declaratory relief. Pinard J. dismissed the motion, stating that, in dealing with the originating notice of motion (i.e., the prohibition application), the Court had jurisdiction to make an incidental finding that the compulsory licence in question had been terminated, which would be sufficient to justify an order prohibiting the Minister from issuing a NOC.

On July 20, 1993, Mr. Dan of Novopharm wrote to Dr. Sherman of Apotex, stating that the two companies did not have an agreement to transfer licences or to sublicense, and asking Apotex to refrain from claiming in its applications for NOCs that licences would be transferred. He confirmed that the supply agreement contemplated that Novopharm would supply Apotex, as a third party customer, with specific licensed products, but stipulated that Novopharm never intended to create a sublicense, given that such would be "contrary to the standard conditions of all compulsory licenses". Dr. Sherman responded by letter the next day, stating that Apotex had never suggested that any transfer of rights or sublicensing would occur, only that Novopharm would be supplying materials to Apotex, as a third-party purchaser.

dernière avait été annulée et que Novopharm ne pouvait donc pas obtenir le médicament en vrac d'une manière n'emportant pas contrefaçon.

Entre-temps, Eli Lilly a, de son côté, saisi la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) d'une demande de jugement déclarant que la licence de Novopharm était annulée parce qu'elle avait accordé une sous-licence à Apotex, contrairement aux conditions de la licence. Le juge Forget a conclu que la cour où il siégeait et la Cour fédérale du Canada, Section de première instance, avaient compétence concurrente pour accorder le redressement demandé, mais appliquant le critère du *forum conveniens*, il a décidé que l'affaire devait être tranchée par la Cour fédérale dans le cadre des procédures relatives à la demande d'ordonnance d'interdiction. Eli Lilly et Eli Lilly Canada ont alors déposé devant la Cour fédérale une requête interlocutoire en vue de modifier l'avis de requête par l'ajout d'une demande de jugement déclaratoire. Le juge Pinard a rejeté la requête en affirmant que, en examinant l'avis de requête (c'est-à-dire la demande d'interdiction), la cour avait compétence pour conclure, de manière accessoire, que la licence obligatoire en question avait été annulée, ce qui suffirait à justifier une ordonnance interdisant au Ministre de délivrer un ADC.

Le 20 juillet 1993, M. Dan, de Novopharm, a écrit à M. Sherman, d'Apotex, pour l'informer que les deux sociétés n'avaient conclu aucun accord de cession de licences ou d'attribution de sous-licences, et pour demander à Apotex de s'abstenir de préciser dans ses demandes d'ADC que des licences seraient cédées. Il a confirmé que l'accord d'approvisionnement prévoyait que Novopharm fournirait certains produits autorisés à Apotex, en tant que tiers client, mais il a précisé que Novopharm n'avait jamais eu l'intention de créer une sous-licence, vu que cela serait [TRADUCTION] «contraire aux conditions types de toutes les licences obligatoires». Le lendemain, M. Sherman a répondu, par lettre, qu'Apotex n'avait jamais laissé entendre que des droits seraient cédés ou que des sous-licences seraient accordées, mais seulement que Novopharm fournirait des substances à Apotex, en tant que tiers acquéreur.

18 Mr. Dan also filed an affidavit concerning his intentions as to the nature of the agreement with Apotex. On cross-examination, he testified that Novopharm and Apotex had intended to create a supply agreement, and that the statement in the preamble as to sharing of rights was improperly worded. He further testified that Apotex had not yet requested Novopharm to supply it with nizatidine, but that, if and when a request was made to obtain nizatidine from a foreign source, it would be Novopharm which would approach various sources, obtain quotations, import the bulk material, and finally sell it to Apotex on the terms agreed upon with the supplier. He stated that, if there was only one supplier for a given medicine, the accepted commercial practice would be that "if we have access, they should have access". Also, responding to a question concerning provisions of the *Patent Act* which would prohibit the importation and manufacture of nizatidine until December 31, 1997 and December 31, 1994, respectively, Mr. Dan asserted that "[w]e have to abide by the regulations".

19 McGillis J. of the Federal Court — Trial Division dismissed Eli Lilly's application for judicial review, finding that the agreement between Novopharm and Apotex did not constitute a sublicense, that the licence, therefore, could not be terminated on that ground by Eli Lilly, and, accordingly, that Eli Lilly had failed to prove that Novopharm's notice of allegation was not justified. This decision was reversed by a unanimous panel of the Federal Court of Appeal, which, relying on its earlier decision in *Apotex #1, infra*, held that a sublicense had in fact been conferred by virtue of the supply agreement.

D. *The Apotex #1 Proceeding*

20 In cross-examination on the hearing of the application for a prohibition order in *Apotex #1*, the background of which is detailed above, Dr. Sherman of Apotex testified that the supply agreement with Novopharm did not enable Apotex to import or manufacture nizatidine, but only to require

Monsieur Dan a également déposé un affidavit au sujet de ses intentions quant à la nature de l'accord avec Apotex. Au cours de son contre-interrogatoire, il a témoigné que Novopharm et Apotex avaient voulu créer un accord d'approvisionnement et que l'énoncé du préambule quant au partage des droits était mal formulé. Il a ajouté qu'Apotex n'avait pas encore demandé à Novopharm de lui fournir de la nizatidine, mais que, si jamais une demande était faite en vue d'obtenir de la nizatidine auprès d'une source étrangère, ce serait Novopharm qui s'adresserait à différentes sources, obtiendrait des propositions de prix, importerait la substance en vrac pour enfin la vendre à Apotex aux conditions convenues avec le fournisseur. Il a précisé que, dans le cas où il n'y aurait qu'un seul fournisseur d'une substance donnée, la pratique commerciale reconnue serait la suivante: [TRADUCTION] «si nous avons accès, ils devraient avoir accès». De même, interrogé au sujet des dispositions de la *Loi sur les brevets* qui interdiraient l'importation et la fabrication de nizatidine jusqu'au 31 décembre 1997 et au 31 décembre 1994 respectivement, M. Dan a répondu: [TRADUCTION] «[n]ous devons nous conformer au règlement».

Le juge McGillis de la Cour fédérale, Section de première instance, a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Eli Lilly, concluant que l'accord entre Novopharm et Apotex n'était pas une sous-licence, qu'Eli Lilly ne pouvait donc pas annuler la licence pour ce motif et, en conséquence, qu'Eli Lilly n'avait pas prouvé que l'avis d'allégation de Novopharm n'était pas fondé. Cette décision a été infirmée par une formation unanime de la Cour d'appel fédérale, qui, s'appuyant sur son arrêt antérieur *Apotex n° 1, infra*, a décidé que l'accord d'approvisionnement avait en réalité conféré une sous-licence.

D. *L'affaire Apotex n° 1*

Lors de son contre-interrogatoire pendant l'audition de la demande d'ordonnance d'interdiction dans l'affaire *Apotex n° 1*, dont le contexte est exposé en détail plus haut, M. Sherman, d'Apotex, a témoigné que l'accord d'approvisionnement conclu avec Novopharm permettait non pas à Apotex

Novopharm to import or manufacture the medicine under the terms of its licence and to sell the material to Apotex. He testified that Apotex would in fact be acquiring the nizatidine from Novopharm and, if the NOC were granted, formulating it into 150 mg and 300 mg capsules for sale in Canada. He was of the view that this would not constitute an infringement of Eli Lilly's patents, given that no further licence would be necessary once the licensed material was purchased from Novopharm. However, he did appear to make reference at one point to Apotex's "having rights" under the licence.

Relying on her analysis in *Novopharm*, McGillis J. of the Federal Court — Trial Division found that the supply agreement between Novopharm and Apotex did not constitute a sublicense. Nonetheless, she granted the prohibition order on the basis that Apotex's allegations of non-infringement were not justified, as its formulation of nizatidine capsules for consumption in Canada would infringe Eli Lilly's patents.

The Federal Court of Appeal, Pratte J.A. dissenting, dismissed Apotex's appeal, but on different grounds. It found that, despite the parties' apparent intention to avoid conferring sublicences on one another, this was in fact the legal effect of the written contract which they had completed. Therefore, Novopharm's licence was properly terminated and thus Apotex had no non-infringing means by which to obtain the nizatidine. While it was not necessary to decide the question, it was nevertheless unanimously held, contrary to the view of McGillis J., that Apotex's reformulation of nizatidine into final-dosage form would not have infringed the patents.

II. Relevant Statutory Provisions

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4

39.11 (1) Subject to this section but notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, no person shall under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention

d'importer ou de fabriquer de la nizatidine, mais seulement de demander à Novopharm d'importer ou de fabriquer le médicament conformément à sa licence et de vendre la substance à Apotex. Il a déclaré qu'Apotex acquerrait en fait de la nizatidine auprès de Novopharm et que, si l'ADC était délivré, elle en ferait des gélules de 150 mg et de 300 mg destinées à la vente au Canada. Il était d'avis que cela ne violerait pas les brevets d'Eli Lilly étant donné qu'aucune autre licence ne serait nécessaire une fois que la substance autorisée serait achetée à Novopharm. Toutefois, il a paru mentionner, à un moment donné, qu'Apotex «avait des droits» en vertu de la licence.

Se fondant sur son analyse dans l'affaire *Novopharm*, le juge McGillis de la Cour fédérale, Section de première instance, a statué que l'accord d'approvisionnement entre Novopharm et Apotex n'était pas une sous-licence. Néanmoins, elle a accordé l'ordonnance d'interdiction pour le motif que les allégations de non-contrefaçon d'Apotex n'étaient pas fondées, puisque sa préparation de gélules de nizatidine pour fins de consommation au Canada violerait les brevets d'Eli Lilly.

La Cour d'appel fédérale (le juge Pratte étant dissident) a rejeté l'appel d'Apotex, mais pour des raisons différentes. Elle a conclu que, malgré l'intention apparente des parties d'éviter de s'accorder mutuellement des sous-licences, tel était en réalité l'effet juridique du contrat écrit qu'elles avaient passé. En conséquence, la licence de Novopharm avait été annulée à bon droit et Apotex ne disposait donc d'aucun moyen n'emportant pas contrefaçon d'obtenir de la nizatidine. Même s'il n'était pas nécessaire de trancher cette question, il a été néanmoins décidé à l'unanimité que, contrairement au point de vue du juge McGillis, la préparation par Apotex de la nizatidine sous forme posologique définitive n'aurait pas violé les brevets.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4

39.11 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, il est interdit de se prévaloir d'une licence, peu importe la date de délivrance,

21

22

23

pertaining to a medicine, regardless of when the licence was granted, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada; or

(b) where the invention is other than a process, to import the invention for medicine or for the preparation or production of medicine, if the medicine is for sale for consumption in Canada.

(2) The prohibition under subsection (1) expires in respect of a medicine

(c) ten years after the date of the notice of compliance that is first issued in respect of the medicine where that notice of compliance is issued after June 27, 1986.

39.14 (1) Notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, where the notice of compliance that is first issued in respect of a medicine is issued after June 27, 1986, no person shall, under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention pertaining to the medicine, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, or

(b) where the invention is other than a process, to make or use the invention for medicine or for the preparation or production of medicine

for sale for consumption in Canada, until the expiration of seven years after the date of that notice of compliance.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make a reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list,

accordée sous son régime relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit, si l'invention est un procédé, d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou, si elle n'est pas un procédé, d'importer l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada.

(2) L'interdiction est levée à l'expiration des délais suivants:

c) dix ans après la délivrance du premier avis de conformité, si elle survient après le 27 juin 1986.

39.14 (1) Par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, lorsque le premier avis de conformité pour le médicament est délivré après le 27 juin 1986, il est interdit de se prévaloir d'une licence accordée sous le régime de cet article relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit d'utiliser l'invention si elle est un procédé, pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada ou, si elle n'est pas un procédé, de réaliser ou d'utiliser celle-ci pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour telle vente. L'interdiction est levée à l'expiration des sept ans qui suivent la délivrance du premier avis de conformité en cause.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste:

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

- (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(b) is false,
- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or
- (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(2) Where, after a second person files a submission for a notice of compliance, but before the notice of compliance is issued, a patent list is submitted or amended in respect of a patent pursuant to subsection 4(5), the second person shall amend the submission to include, in respect of that patent, the statement or allegation that is required by subsection (1).

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or subsection (2) the person shall

- (a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation; and
- (b) serve a notice of the allegation on the first person and proof of such service on the Minister.

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of one or more of the patents that are the subject of an allegation.

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

(3) The first person shall, within the 45 days referred to in subsection (1), serve the Minister with proof that an application referred to in that subsection has been made.

(4) Where the first person is not the owner of each patent that is the subject of an application referred to in subsection (1), the owner of each such patent shall be made a party to the application.

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

- (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)b) est fautive,
- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,
- (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(2) Lorsque, après le dépôt par la seconde personne d'une demande d'avis de conformité mais avant la délivrance de cet avis, une liste de brevets est soumise ou modifiée aux termes du paragraphe 4(5) à l'égard d'un brevet, la seconde personne doit modifier la demande pour y inclure, à l'égard de ce brevet, la déclaration ou l'allégation exigée par le paragraphe (1).

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée à l'alinéa (1)b) ou au paragraphe (2), elle doit:

- a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;
- b) signifier un avis d'allégation à la première personne et une preuve de cette signification au ministre.

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation aux termes de l'alinéa 5(3)b), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration de un ou plusieurs des brevets visés par une allégation.

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle (*sic*) conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

(3) La première personne signifie au ministre, dans la période de 45 jours visée au paragraphe (1), la preuve que la demande visée à ce paragraphe a été faite.

(4) Lorsque la première personne n'est pas le propriétaire de chaque brevet visé dans la demande mentionnée au paragraphe (1), le propriétaire de chaque brevet est une partie à la demande.

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(a) the expiration of 30 days after the coming into force of these Regulations,

(b) the day on which the second person complies with section 5,

(c) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the patent list that is not the subject of an allegation,

(d) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) in respect of any patent on the patent list,

(e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 30 months after the receipt of proof of the making of any application referred to in subsection 6(1), and

(f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) Paragraph (1)(e) does not apply if at any time, in respect of each patent that is the subject of an application pursuant to subsection 6(1),

(a) the patent has expired; or

(b) the court has declared that the patent is not valid or that no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed.

(3) Paragraphs (1)(c), (d) and (e) do not apply in respect of a patent if the owner of the patent has consented to the making, constructing, using or selling of the drug in Canada by the second person.

(4) Paragraph (1)(e) ceases to apply in respect of an application referred to in subsection 6(1) if the application is withdrawn or is finally dismissed by the court.

(5) A court may shorten or extend the time limit referred to in paragraph (1)(e) in respect of an application where the court has not yet made an order pursuant to subsection 6(1) in respect of that application and where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application.

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes:

a) la date qui suit de 30 jours la date d'entrée en vigueur du présent règlement;

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet énuméré dans la liste de brevets qui n'est pas visé par une allégation;

d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)b) à l'égard de tout brevet énuméré dans la liste de brevets;

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 30 mois la date à laquelle est faite une demande au tribunal visée au paragraphe 6(1);

f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si, à l'égard de chaque brevet visé par une demande au tribunal aux termes du paragraphe 6(1):

a) soit le brevet est expiré;

b) soit le tribunal a déclaré que le brevet n'est pas valide ou qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites.

(3) Les alinéas (1)c), (d) et (e) ne s'appliquent pas à l'égard d'un brevet si le propriétaire de celui-ci a consenti à ce que la seconde personne utilise, fabrique, construise ou vende la drogue au Canada.

(4) L'alinéa (1)e) cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée au paragraphe 6(1) si celle-ci est retirée ou est rejetée par le tribunal de façon définitive.

(5) Le tribunal peut abrégé ou proroger le délai visé à l'alinéa (1)e) à l'égard d'une demande lorsqu'elle (*sic*) n'a pas encore rendu d'ordonnance aux termes du paragraphe 6(1) à l'égard de cette demande et qu'elle (*sic*) constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci.

III. Judicial History

A. *Novopharm Ltd. v. Eli Lilly and Co.*

- (1) Federal Court — Trial Division (1995), 60 C.P.R. (3d) 181

As a preliminary matter, McGillis J. considered the nature of the proceedings before the court. She observed that an application for prohibition under s. 6(1) of the *Regulations* is a judicial review proceeding which is intended to determine expeditiously whether a NOC should be issued. In this connection, she referred to *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), where Strayer J.A. held that the issues to be decided in such proceedings are of a limited or preliminary nature, only for the limited purpose above stated, and that, if a full trial of validity or infringement issues is required, it is to be obtained in the usual way, by commencing an action.

Turning to the question of whether the allegations of non-infringement made by Novopharm in requesting the NOC were justified, McGillis J. noted that, since Novopharm's position was premised on its licence, the key issue was the proper interpretation to be given the November, 1992 agreement between Apotex and Novopharm. If the agreement was in substance a sublicense, then the licence would have been properly terminated by Eli Lilly, and Novopharm would have been left with no non-infringing way in which to obtain the medication for which the NOC was requested.

Relying on the decision of this Court in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, McGillis J. identified the task at hand (at p. 197) as ascertaining the "true intent of the parties at the time of the entry into the contract". She rejected the submissions by Eli Lilly that the evidence of Mr. Dan, both in his affidavit and his cross-examination, as to his intention at the time the supply agreement was drafted, was inadmissible on the basis of the parol evidence rule. In her view,

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Novopharm Ltd. c. Eli Lilly and Co.*

- (1) Cour fédérale, Section de première instance (1995), 60 C.P.R. (3d) 181

À titre préliminaire, le juge McGillis a étudié la nature des procédures dont la cour était saisie. Elle a fait observer qu'une demande d'interdiction fondée sur le par. 6(1) du Règlement est une procédure de contrôle judiciaire visant à déterminer promptement s'il y a lieu de délivrer un ADC. À cet égard, elle a cité l'affaire *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), dans laquelle le juge Strayer a statué que les questions qui doivent être examinées dans le cadre de ces procédures sont de nature limitée ou préliminaire, et ne doivent l'être qu'à la seule fin limitée mentionnée précédemment et que, si un examen complet des questions de validité ou de contrefaçon est nécessaire, il faut procéder de la façon habituelle en intentant une action.

Quant à la question de savoir si les allégations de non-contrefaçon que Novopharm a faites en demandant l'ADC étaient fondées, le juge McGillis a souligné que, puisque le point de vue de Novopharm était fondé sur sa licence, la question clé qui se posait était celle de l'interprétation à donner à l'accord de novembre 1992 intervenu entre Apotex et Novopharm. Si l'accord était essentiellement une sous-licence, la licence aurait alors été annulée à bon droit par Eli Lilly, et Novopharm n'aurait disposé d'aucun moyen n'emportant pas contrefaçon d'obtenir le médicament pour lequel l'ADC était demandé.

Invoquant l'arrêt de notre Cour *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, le juge McGillis a affirmé (à la p. 197) qu'il incombe alors de décider quelle était «l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté». Elle a repoussé les arguments d'Eli Lilly voulant que le témoignage de M. Dan, à la fois dans son affidavit et en contre-interrogatoire, concernant l'intention qu'il avait au moment de la rédaction de l'accord d'approvisionnement soit inadmissible

24

25

26

Mr. Dan was entitled to tender direct evidence concerning his intention at the time of drafting. As to the exchange of letters between Mr. Dan and Dr. Sherman, McGillis J.A. declined to rule on their admissibility, inasmuch as even if they were admissible, she would have accorded them no weight on the basis that they were written to clarify the intent of the parties long after the supply agreement had been signed, and apparently only in response to the threatened termination of the licence held by Novopharm.

27 With regard to the intentions of Mr. Dan at the time of drafting, McGillis J. concluded on the basis of his direct evidence that he intended to enter into a supply agreement with Apotex. However, she recognized (at p. 199) the need to examine the agreement as a whole in order to determine whether the words used by the parties reasonably expressed their intent, bearing in mind that “a sublicense could only have been created if Novopharm granted some or all of its rights under the licence to Apotex”. In her view, at p. 199, the true nature of the agreement was that of “a supply agreement dressed up to look like a sublicense”. In other words, despite the presence in the supply agreement of wording which might tend to suggest the conferral of a sublicense, the actual operative provisions of the agreement did not amount to the granting of any of Novopharm’s licensed rights to Apotex.

28 In the view of McGillis J., the plain fact that the supply agreement contemplated Novopharm’s entering into contracts with third parties at the direction of Apotex did not itself amount to a sublicense. Indeed, if the licensed rights had in fact been sublicensed to Apotex, Novopharm’s continued involvement in the transactions would have been unnecessary. On balance, McGillis J. was of the view that none of the provisions of the agreement conferred any of Novopharm’s licensed rights upon Apotex, and that paragraph 6, by stipulating that the licensed party must comply with the terms of its licence, including the prohibition

compte tenu de la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque. Selon elle, M. Dan pouvait présenter une preuve directe concernant l’intention qu’il avait à l’époque de la rédaction. Quant aux lettres échangées entre M. Dan et M. Sherman, le juge McGillis a refusé de se prononcer sur leur admissibilité vu que, même si ces lettres avaient été admissibles, elle ne leur aurait accordé aucune importance pour le motif qu’elles ont été rédigées dans le but de clarifier l’intention des parties longtemps après la signature de l’accord et, apparemment, seulement pour répondre à la menace d’annulation de la licence détenue par Novopharm.

Quant aux intentions de M. Dan à l’époque de la rédaction, le juge McGillis a statué, sur la foi de sa preuve directe, qu’il avait voulu conclure un accord d’approvisionnement avec Apotex. Toutefois, elle a reconnu (à la p. 199) la nécessité d’examiner l’accord dans son ensemble afin de déterminer si les termes employés par les parties traduisaient raisonnablement leur intention, en gardant à l’esprit qu’«une sous-licence n’aurait pu voir le jour que si Novopharm avait accordé tous ses droits aux termes de la licence, ou certains d’entre eux, à Apotex». Quant à la nature véritable de l’accord, elle a estimé, à la p. 199, qu’il s’agissait d’un «accord d’approvisionnement déguisé en sous-licence». Autrement dit, malgré la présence, dans l’accord d’approvisionnement, de termes qui pouvaient laisser croire à l’attribution d’une sous-licence, le dispositif de cet accord n’équivalait pas à l’attribution à Apotex de droits que Novopharm possédait en vertu de sa licence.

De l’avis du juge McGillis, le simple fait que l’accord d’approvisionnement prévoyait que Novopharm conclurait des contrats avec des tiers sur l’ordre d’Apotex n’était pas en soi une attribution de sous-licence. En réalité, si les droits conférés par la licence avaient été cédés sous forme de sous-licence à Apotex, la participation de Novopharm aux opérations n’aurait plus été nécessaire. Tout bien pesé, le juge McGillis était d’avis qu’aucune des dispositions de l’accord ne conférait à Apotex les droits que Novopharm possédait en vertu de sa licence, et que l’article 6, en stipulant que le titulaire d’une licence doit se conformer aux

against sublicensing, strongly suggested that the parties did not intend to create a sublicense.

Therefore, McGillis J. found that no sublicense was granted by Novopharm to Apotex. In her view, this interpretation served to promote the true intent of the parties at the time of entry into the supply agreement and to produce a sensible commercial result from their perspective, which she viewed as an important interpretive goal, based on *Consolidated-Bathurst, supra*. Indeed, she stated that to find that a sublicense had been created would have defeated the parties' entire objective in entering into the supply agreement, as the compulsory licences could then have been terminated by the patentees. She also stipulated that, even had she not considered the extrinsic evidence given by Mr. Dan as to his intention, she would have reached the same conclusion based on the plain wording of the agreement as a whole. On this basis, McGillis J. concluded that Eli Lilly and Eli Lilly Canada had failed to establish, on a balance of probabilities, that the allegation of Novopharm in its NOA was not justified within the meaning of s. 6(2) of the Regulations. Accordingly, she dismissed the application for a prohibition order.

As to the question of whether the licence had been terminated, McGillis J. declined jurisdiction to decide this matter, despite the earlier orders of Forget J. and Pinard J. She felt bound by the subsequent ruling in *David Bull Laboratories, supra*, that the court lacks jurisdiction, in the context of a judicial review proceeding to determine an application for a prohibition order of this kind, to determine ancillary or incidental questions which pertain solely to the rights of two private parties. However, in the event that she was wrong in this conclusion, she expressed the opinion that her finding that Novopharm had not granted a sublicense to Apotex necessarily led to the conclusion that the licence had not been breached.

conditions de sa licence, notamment à l'interdiction d'attribuer une sous-licence, laisse fortement entendre que les parties n'avaient pas l'intention de créer une sous-licence.

En conséquence, le juge McGillis a décidé que Novopharm n'avait accordé aucune sous-licence à Apotex. À son avis, cette interprétation contribuait à promouvoir l'intention véritable des parties au moment de la conclusion de l'accord d'approvisionnement et à engendrer un résultat commercial raisonnable à leur point de vue, qu'elle percevait comme un objectif d'interprétation important, compte tenu de l'arrêt *Consolidated Bathurst*, précité. En fait, elle a dit que la conclusion qu'une sous-licence avait été créée aurait contrecarré en entier l'objectif que les parties poursuivaient en concluant l'accord d'approvisionnement, étant donné que les brevetés auraient alors pu annuler les licences obligatoires. Elle a également précisé que, même si elle n'avait pas pris en considération la preuve extrinsèque de M. Dan quant à l'intention qu'il avait, elle serait arrivée à la même conclusion, compte tenu du texte clair de l'accord dans son ensemble. Le juge McGillis a conclu, pour ce motif, qu'Eli Lilly et Eli Lilly Canada n'avaient pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que l'allégation de Novopharm, dans son ADA, n'était pas fondée au sens du par. 6(2) du Règlement. Elle a donc rejeté la demande d'ordonnance d'interdiction.

Quant à savoir si la licence avait été annulée, le juge McGillis s'est déclarée non compétente pour trancher cette question, en dépit des ordonnances antérieures des juges Forget et Pinard. Elle se sentait liée par l'arrêt subséquent *David Bull Laboratories*, précité, selon lequel la cour n'a pas compétence, dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire relative à une demande d'ordonnance d'interdiction de cette nature, pour trancher des questions accessoires ou incidentes qui portent uniquement sur les droits de deux parties privées. Cependant, au cas où elle aurait tort de tirer cette conclusion, elle a exprimé l'avis que sa décision que Novopharm n'avait pas accordé une sous-licence à Apotex menait nécessairement à la conclusion que la licence n'avait pas été violée.

(2) Federal Court of Appeal (1996), 67 C.P.R. (3d) 377

(2) Cour d'appel fédérale (1996), 67 C.P.R. (3d) 377

31 In oral reasons delivered from the bench, Stone J.A. (MacGuigan and McDonald JJ. A. concurring) dismissed the appeal. The appeal was heard three weeks after the hearing of the appeal in *Apotex #1, infra*, and at the hearing, the court invited submissions as to the possible application of that decision to the outcome of the instant appeal. Eli Lilly argued that the decision was dispositive, in that the court there held that the supply agreement contravened the sublicensing prohibition in the compulsory licence, and that, by notice, Eli Lilly had succeeded in terminating the licence. For its part, Novopharm argued that the decision should not be applied because the facts of the instant appeal differed materially from the facts in the previous case, and also because, while a decision on a prohibition order application binds the parties to the specific litigation, it has little precedential value for other cases.

Dans des motifs oraux prononcés à l'audience, le juge Stone (avec l'appui des juges MacGuigan et McDonald) a rejeté l'appel. Cet appel a été entendu trois semaines après l'audition de l'appel *Apotex n° 1, infra*, et à l'audience, la cour a invité les parties à présenter des arguments sur l'application possible de cet arrêt à l'issue de l'appel dont elle était saisie. Eli Lilly a fait valoir que l'arrêt était décisif en ce sens que la cour y avait décidé que l'accord d'approvisionnement transgressait l'interdiction, stipulée dans la licence obligatoire, d'accorder une sous-licence et qu'Eli Lilly avait réussi à annuler la licence au moyen d'un préavis. Novopharm a soutenu, pour sa part, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'arrêt parce que les faits de l'appel diffèrent sensiblement de ceux de l'affaire antérieure et aussi parce que, bien qu'une décision sur une demande d'ordonnance d'interdiction lie les parties au litige en cause, elle a peu de valeur comme précédent.

32 The court held that, while the previous decision was not *res judicata*, it was nonetheless binding on the court unless it could be distinguished on its facts or was manifestly wrong owing to the failure of the court to consider a relevant legal rule. The latter was not alleged. As to the former, while the court recognized that there were some factual differences and that some of the evidence which was before the court in *Apotex #1* was not part of the record in the instant case, the same compulsory licence and the same supply agreement were at issue and in evidence in both cases. To the extent that it was unaffected by evidence unique to its own record, the analysis of the supply agreement in *Apotex #1* could therefore be applied to *Novopharm*. While it was true that paragraph 6 of the supply agreement required Novopharm to act in compliance with the terms of its licence, the court concluded that this clause was to be read together with the other clauses of the agreement, leading to the conclusion that a sublicense had

La cour a décidé que, bien que la décision antérieure n'ait pas eu valeur de chose jugée, elle la liait néanmoins, sauf si elle pouvait faire l'objet d'une distinction fondée sur ses faits ou si elle était manifestement erronée en raison de l'omission de tenir compte d'une règle de droit pertinente. Ce dernier argument n'a pas été avancé. Quant au premier, bien que la cour ait reconnu que les faits étaient différents à certains égards et que certains éléments de preuve soumis à la cour dans *Apotex n° 1* ne faisaient pas partie du dossier dans l'affaire qui l'occupait, la même licence obligatoire et le même accord d'approvisionnement étaient en cause et avaient été soumis en preuve dans les deux cas. Dans la mesure où elle n'était pas influencée par des éléments de preuve propres à l'affaire, l'analyse de l'accord d'approvisionnement dans *Apotex n° 1* pouvait donc être appliquée à *Novopharm*. Même s'il était vrai que l'article 6 de l'accord d'approvisionnement obligeait Novopharm à se conformer aux conditions de sa licence, la cour a décidé que cette clause devait être interprétée de concert avec les autres clauses de l'accord, ce qui l'a amenée à conclure qu'une sous-

indeed been granted. Accordingly, the appeal was allowed.

B. Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.

- (1) Federal Court — Trial Division (1995), 60 C.P.R. (3d) 206

In this proceeding, the basis for Eli Lilly's claim of non-justification was that Novopharm's licence for nizatidine had been terminated by virtue of its grant of a sublicense to Apotex, and that Apotex therefore had no non-infringing way of obtaining the bulk nizatidine in order to formulate the capsules that were the subject of the NOC request. Alternatively, it was argued that the formulation of the capsules would itself constitute an infringement of Eli Lilly's patent rights.

In concluding in *Novopharm, supra*, that the arrangement between Apotex and Novopharm was not a sublicense but merely a supply agreement, McGillis J. had considered the evidence of Mr. Dan of Novopharm concerning his intent at the time he drafted the agreement with Dr. Sherman. While this evidence was not part of the record in the instant matter, McGillis J. had indicated in *Novopharm* that she would have reached the same conclusion even without considering that evidence. Accordingly, she was of the view that her conclusion as to the nature of the agreement in *Novopharm* applied equally to the case at bar.

Turning, then, to the question of whether the formulation of capsules from the bulk material would infringe Eli Lilly's patent rights, McGillis J. considered the decision of MacKay J. in *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.), and agreed with his conclusion that this processing activity would in fact constitute an infringement, as "an unlicensed third party purchaser acquires none of the exclusive rights granted to a patentee merely by virtue of the fact that he has purchased bulk material from a licensed supplier" (p. 218).

licence avait de fait été accordée. En conséquence, l'appel a été accueilli.

B. Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.

- (1) Cour fédérale, Section de première instance (1995), 60 C.P.R. (3d) 206

Dans cette instance, Eli Lilly a prétendu que l'allégation n'était pas fondée parce que la licence que Novopharm détenait à l'égard de la nizatidine avait été annulée en raison de son attribution d'une sous-licence à Apotex et parce qu'Apotex ne disposait donc d'aucun moyen n'emportant pas contrefaçon d'obtenir de la nizatidine en vrac pour préparer les gélules visées par la demande d'ADC. Subsidiairement, elle a soutenu que la préparation des gélules violerait elle-même les droits que possédait Eli Lilly en vertu de ses brevets.

En concluant, dans *Novopharm*, précité, que l'entente entre Apotex et Novopharm était non pas une sous-licence mais un simple accord d'approvisionnement, le juge McGillis avait tenu compte du témoignage de M. Dan, de Novopharm, quant à l'intention qu'il avait au moment de rédiger l'accord avec M. Sherman. Même si ce témoignage ne faisait pas partie du dossier dont elle était alors saisie, le juge McGillis avait indiqué, dans *Novopharm*, qu'elle aurait tiré la même conclusion même indépendamment de celui-ci. En conséquence, elle estimait que sa conclusion sur la nature de l'accord, à laquelle elle en était arrivée dans *Novopharm*, s'appliquait également à l'affaire dont elle était saisie.

Quant à la question de savoir si la préparation de gélules à partir de la substance en vrac violerait les droits qu'Eli Lilly possédait en vertu de ses brevets, le juge McGillis a examiné la décision du juge MacKay dans l'affaire *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.), et a souscrit à sa conclusion que cette activité de transformation constituerait en fait de la contrefaçon car «un tiers acquéreur non titulaire d'une licence n'acquiert aucun des droits exclusifs accordés à un breveté du simple fait qu'il a acheté la matière en vrac à un fournisseur qui est lui-même titulaire d'une licence» (p. 218).

33

34

35

36 Therefore, McGillis J. found that Eli Lilly had established, on a balance of probabilities, that the allegation of non-infringement made by Apotex in its notice of allegation was not justified within the meaning of s. 6(2) of the Regulations. Accordingly, she allowed the application for judicial review and prohibited the Minister from issuing a NOC to Apotex until after the expiry of Eli Lilly's patents.

(2) Federal Court of Appeal (1996), 66 C.P.R. (3d) 329

(a) *MacGuigan J.A. (Robertson J.A. concurring)*

37 In reviewing the facts and the evidence, MacGuigan J.A. observed that, on several occasions, Dr. Sherman had emphasized that all decisions under the supply agreement would be made by Apotex and communicated to Novopharm. Apotex's stated intention was to deal with a Canadian manufacturer, independent of Novopharm, and it in fact refused to communicate to Novopharm the identity of this manufacturer until such was convenient for Apotex. But Dr. Sherman insisted that Novopharm, not Apotex, would purchase the material and sell it to Apotex, within the terms of its licence.

38 MacGuigan J.A. noted that the conclusion of McGillis J. in *Novopharm* as to the proper characterization of the Apotex-Novopharm agreement was premised, to some extent, on the evidence of Mr. Dan as to his intention at the time the agreement was drafted. He observed not only that this evidence did not form part of the record in the case before him, but also that any direct evidence as to the intention of the parties was to be excluded from consideration under the parol evidence rule. In his view, the question as to the meaning of the agreement was a legal one which was to be determined from its text. Although McGillis J. had made clear that she would have reached the same conclusion even absent the extrinsic evidence, MacGuigan J.A. observed that she also appeared to have been influenced in her decision by two particular legal propositions: that a sublicense could

En conséquence, le juge McGillis a conclu qu'Eli Lilly avait établi, selon la prépondérance des probabilités, que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex contenue dans l'avis d'allégation n'était pas fondée au sens du par. 6(2) du Règlement. Par conséquent, elle a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a interdit au Ministre de délivrer un ADC à Apotex avant l'expiration des brevets d'Eli Lilly.

(2) Cour d'appel fédérale (1996), 66 C.P.R. (3d) 329

a) *Le juge MacGuigan (avec l'appui du juge Robertson)*

Au cours de son examen des faits et de la preuve, le juge MacGuigan a fait observer que M. Sherman avait souligné, à maintes reprises, que toutes les décisions fondées sur l'accord d'approvisionnement seraient prises par Apotex et communiquées à Novopharm. L'intention explicite d'Apotex était de faire affaire avec un fabricant canadien, indépendant de Novopharm, et, en fait, Apotex a refusé de communiquer à Novopharm l'identité de ce fabricant jusqu'à ce qu'il lui convienne de le faire. Mais M. Sherman a insisté pour que ce soit Novopharm, et non Apotex, qui achète la substance et la vende à Apotex, conformément aux conditions de sa licence.

Le juge MacGuigan a souligné que la conclusion que le juge McGillis a tirée, dans *Novopharm*, sur la bonne façon de qualifier l'accord entre Apotex et Novopharm reposait, jusqu'à un certain point, sur le témoignage de M. Dan quant à l'intention au moment de la rédaction de l'accord. Il a fait observer non seulement que ce témoignage ne faisait pas partie du dossier dont il était saisi, mais encore que, en vertu de la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, toute preuve directe relative à l'intention des parties ne pouvait pas être prise en considération. À son avis, la question du sens de l'accord était une question de droit qui devait être résolue en fonction du texte de cet accord. Quoique le juge McGillis ait précisé qu'elle en serait venue à la même conclusion même en l'absence de la preuve extrinsèque, le juge MacGuigan a fait remarquer que sa décision semblait avoir été

only have been created if Novopharm had granted some or all of its rights under the licence to Apotex, and that, when interpreting a contract, courts should favour an interpretation which promotes a sensible commercial result: see *Consolidated-Bathurst, supra*.

MacGuigan J.A. relied on the decision of the Delaware Supreme Court in *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Shell Oil Co.*, 227 USPQ 233 (1985) (“*du Pont*”), which, although it dealt with somewhat different facts, considered what was in his view essentially the same type of transaction, that is, one in which the patented product was produced not for the licensed party but for an unlicensed party. In that case, the court, relying on *Carey v. United States*, 326 F.2d 975 (Ct. Cl. 1964), held that the test for a sublicense is whether the production of the licensed item is by or for the use of the original licensee or the alleged sublicensee, and concluded that the application of this test revealed a sublicense in a situation where an unlicensed party purported to manufacture a patented item as the agent of the licensee, only to purchase the item from the licensee immediately upon its manufacture, each transfer of property being nothing more than a paper transaction.

In the view of MacGuigan J.A., a similar form of “legerdemain” occurred in the present case. He found that, under the supply agreement, the separate contracts between Novopharm and its suppliers and Novopharm and Apotex were to be maintained only to avoid a direct contractual link between Apotex and the suppliers. He viewed this as a matter of form only. Because Apotex was in reality the directing mind, with Novopharm using its licence for Apotex’s benefit, he found that the arrangement between the two was, contrary to the view of McGillis J., “a sublicense dressed up to look like a supply agreement” (p. 338). While he

influencée par deux thèses juridiques en particulier: celle voulant qu’une sous-licence ne puisse avoir été créée que si Novopharm avait cédé à Apotex une partie ou l’ensemble de ses droits aux termes de la licence, et l’autre thèse selon laquelle, les tribunaux devraient, en interprétant un contrat, privilégier une interprétation qui favorise un résultat commercial raisonnable: voir *Consolidated Bathurst*, précité.

Le juge MacGuigan s’est appuyé sur l’arrêt de la Cour suprême du Delaware *E.I. du Pont de Nemours & Co. c. Shell Oil Co.*, 227 USPQ 233 (1985) («*du Pont*»), qui, malgré un contexte factuel quelque peu différent, portait essentiellement, selon lui, sur le même genre d’opération en ce sens que le produit breveté était fabriqué non pour le titulaire de la licence mais pour une partie non titulaire de la licence. Dans cette affaire, invoquant la décision *Carey c. United States*, 326 F.2d 975 (Ct. Cl. 1964), décidé que le critère applicable à une sous-licence consiste à déterminer si la production de l’article autorisé est faite par le titulaire de la licence originale ou destinée à son propre usage, ou encore si elle est destinée à celui du prétendu titulaire d’une sous-licence. Elle a jugé que l’application de ce critère révélait l’existence d’une sous-licence dans un cas où une partie non titulaire d’une licence était censée fabriquer un article breveté à titre de mandataire du titulaire de la licence, pour ensuite acheter cet article au titulaire de la licence immédiatement après sa fabrication, chaque cession du droit de propriété n’étant rien de plus qu’une opération fictive.

Selon le juge MacGuigan, un tel «tour de passe-passe» a eu lieu dans le cas qui nous occupe. Il a conclu que, d’après l’accord d’approvisionnement, les contrats distincts entre Novopharm et ses fournisseurs et entre Novopharm et Apotex ne devaient être maintenus que pour faire en sorte qu’il n’y ait aucun lien contractuel direct entre Apotex et les fournisseurs. Il percevait cela comme une question de forme seulement. Étant donné qu’Apotex était, en réalité, l’âme dirigeante et que Novopharm se servait de sa licence au profit d’Apotex, il a statué que, contrairement au point de vue du juge McGillis, l’accord intervenu entre les deux était

recognized that the subjective intention of the parties was to avoid creating a sublicence, he found that this was at odds with the objective intention of the document they executed. The legal effect of the contract, in other words, was to create a sublicence.

41 MacGuigan J.A. also found that, in accordance with his reading of *Consolidated-Bathurst, supra*, any consideration of whether this interpretation would promote a “sensible commercial result” must be accorded only a “tertiary status”, behind the “primary” rule of interpretation — the objective analysis of the actual words used by the parties — and the application of the *contra proferentum* doctrine to interpret any ambiguity against the drafting party. In his view, at p. 338, the primary rule governed in the present case, as there was no ambiguity in “the words they used, as I interpret the reality behind them”.

42 Therefore, MacGuigan J.A. dismissed Apotex’s appeal, finding that Novopharm’s licence had been properly terminated by Eli Lilly. Although he found it unnecessary to decide the issue of infringement by formulation, he stated that he would have agreed with the reasons of Pratte J.A. on the matter.

(b) *Pratte J.A., dissenting*

43 Pratte J.A. differed from the majority on the issue of contractual interpretation. In his view, there was nothing obscure in the text of the supply agreement such as to require further interpretation. Although both the intention and the effect of the contract was to afford the parties, as far as possible, the same benefits they would have obtained under mutual sublicences, the supply agreement did not provide for the granting of any sublicence. As to Eli Lilly’s contention that the agreement did not disclose the true nature of the arrangement — that each party would give sublicences to each other and then, for the sake of appearances, act as the sublicensee’s agent in procuring the drug —

«une sous-licence déguisée en accord d’approvisionnement» (p. 338). Tout en reconnaissant que l’intention subjective des parties était d’éviter la création d’une sous-licence, il a conclu que cela contrastait avec l’intention objective du document qu’elles avaient signé. En d’autres termes, le contrat a eu pour effet juridique de créer une sous-licence.

Le juge MacGuigan a aussi statué que, selon son interprétation de l’arrêt *Consolidated Bathurst*, précité, tout examen de la question de savoir si cette interprétation favoriserait un «résultat commercial raisonnable» ne doit occuper qu’une «troisième place», derrière la «première» règle d’interprétation — l’analyse objective des termes utilisés par les parties — et l’application de la règle *contra proferentem*, qui consiste à interpréter toute ambiguïté d’un texte au détriment de la partie qui l’a rédigé. Selon lui (à la p. 338), la première règle s’appliquait en l’espèce étant donné qu’il n’y avait aucune ambiguïté dans «les mots qu’[elles] ont utilisés, selon l’interprétation que je donne à la réalité qu’ils dissimulent».

Le juge MacGuigan a donc rejeté l’appel d’Apotex, concluant qu’Eli Lilly avait annulé à bon droit la licence de Novopharm. Même s’il jugeait inutile de trancher la question de la contrefaçon découlant de la préparation, il a affirmé qu’il aurait souscrit aux motifs du juge Pratte sur ce point.

b) *Le juge Pratte, dissident*

Le juge Pratte a exprimé son désaccord avec les juges majoritaires sur la question de l’interprétation du contrat. Il a estimé qu’il n’y avait rien d’obscur dans le texte de l’accord d’approvisionnement, qui n’avait donc pas besoin d’être interprété davantage. Même si le contrat avait à la fois pour but et pour effet d’accorder aux parties, dans la mesure du possible, les mêmes avantages qu’elles auraient obtenus en s’accordant mutuellement des sous-licences, l’accord d’approvisionnement ne prévoyait pas l’attribution de sous-licences. Quant à l’argument d’Eli Lilly selon lequel les parties n’avaient pas dévoilé la nature véritable de l’accord — que chaque partie accorderait des sous-

there was, in the view of Pratte J.A. at p. 342, “absolutely no evidence that the parties ever intended to enter into such a surrealistic arrangement”. In his view, Eli Lilly had not succeeded in proving that the arrangement was a sham merely by showing that the parties could have obtained the same advantages by entering into a different agreement. Therefore, he concluded that Novopharm had not breached the terms of its licence.

Turning to the question of non-infringement by Apotex’s actual activities, Pratte J.A. was of the view, at pp. 342-43, that “Apotex, by purchasing from Novopharm bulk nizatidine manufactured or imported by that company under its compulsory licence, would acquire the right to use that drug and, as an incident of that right, the right to make capsules from it”. He found that, by selling a patented article, a patentee transfers the ownership of that article to the purchaser. The patentee no longer has any right with respect to the article, and the purchaser, as the new owner, “has the exclusive right to possess, use, enjoy, destroy or alienate it” (p. 343) without fear of infringing the vendor’s patent. The patentee, in other words, has impliedly renounced his exclusive right of use and sale. In the view of Pratte J.A., with whom the majority concurred on this point, the same principles apply to the sale of a patented article by a licensee who is entitled by the licence to sell without restrictions, and therefore, Apotex was entitled to make capsules from the nizatidine obtained from Novopharm without infringing Eli Lilly’s patent. For these reasons, Pratte J.A. would have allowed the appeal.

IV. Issues

As I have already stated, the issue common to both appeals is whether the supply agreement between Apotex and Novopharm constituted a sub-licence, such as to justify the termination by Eli Lilly of Novopharm’s compulsory licence for nizatidine. If it did, then the NOAs issued by both

licences à l’autre et alors, pour sauver les apparences, agirait à titre de mandataire du titulaire de la sous-licence en obtenant le médicament —, il n’y avait, selon le juge Pratte (à la p. 342), «absolument aucune preuve que les parties aient jamais eu l’intention de conclure un arrangement aussi surréaliste». À son avis, Eli Lilly n’avait pas réussi à prouver que l’entente était un subterfuge en montrant simplement que les parties auraient pu obtenir les mêmes avantages en signant une entente différente. Par conséquent, il a conclu que Novopharm n’avait pas violé les conditions de sa licence.

Quant à savoir si les activités réelles d’Apotex n’emportaient pas contrefaçon, le juge Pratte était d’avis, aux pp. 342 et 343, qu’«Apotex, en achetant de Novopharm de la nizatidine en vrac fabriquée ou importée par cette société en vertu de sa licence obligatoire, acquerrait le droit d’utiliser ce médicament et, accessoirement, le droit de fabriquer des gélules à partir de celui-ci». Il a conclu que, si le titulaire d’un brevet vend l’objet breveté, il cède à l’acheteur le droit de propriété relatif à cet article. Le titulaire du brevet ne jouit plus d’aucun droit à l’égard de cet objet, et l’acheteur, à titre de nouveau propriétaire, «jouit du droit exclusif de posséder cet objet, de l’utiliser, d’en jouir, de le détruire ou de l’aliéner» (p. 343), sans crainte de violer le brevet du vendeur. Autrement dit, le titulaire du brevet a renoncé implicitement à son droit exclusif d’usage et de vente. Selon le juge Pratte, à l’avis duquel ont souscrit les juges majoritaires sur ce point, les mêmes principes s’appliquent à la vente d’un article breveté par le titulaire d’une licence qui, en vertu de cette dernière, est autorisé à vendre sans restriction et, en conséquence, Apotex avait le droit de fabriquer des gélules à partir de la nizatidine obtenue de Novopharm sans violer le brevet de Lilly. Pour ces motifs, le juge Pratte aurait accueilli l’appel.

IV. Les questions en litige

Comme nous l’avons vu, la question commune aux deux pourvois est de savoir si l’accord d’approvisionnement entre Apotex et Novopharm est une sous-licence, de manière à justifier l’annulation par Eli Lilly de la licence obligatoire accordée à Novopharm relativement à la nizatidine. Dans

Novopharm and Apotex were not justified and the requested prohibition order should issue. However, each appeal also raises other discrete issues, which I shall consider in turn.

l'affirmative, les ADA déposés par Novopharm et Apotex n'étaient pas fondés et il y a lieu de rendre l'ordonnance d'interdiction demandée. Toutefois, chaque pourvoi soulève d'autres questions distinctes que je vais examiner à tour de rôle.

46 Specifically, in the *Novopharm* proceeding, this Court is asked to determine: (1) whether the Federal Court of Appeal erred in applying its decision in *Apotex #1* to the *Novopharm* appeal, whether as *res judicata* or otherwise; (2) whether Novopharm's NOA was not justified, regardless of whether its compulsory licence was terminated by breach, because the licence did not permit the activities which it proposed; and (3) whether the Federal Court had the jurisdiction to grant declaratory relief on a limited judicial review proceeding of this type. In *Apotex #1*, it is further alleged that, apart from the primary issue of infringement, Apotex's proposed reformulation of the nizatidine into final-dosage form would itself constitute an infringement of the patents held by Eli Lilly, and that the prohibition order should therefore have issued regardless of whether or not the supply agreement constituted a sublicense.

Plus précisément, dans le pourvoi *Novopharm*, notre Cour est appelée à décider (1) si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant à l'affaire *Novopharm* son arrêt *Apotex n° 1*, que ce soit à titre de chose jugée ou pour un autre motif, (2) si l'ADA de Novopharm était non fondé, peu importe que sa licence obligatoire ait ou non été annulée pour cause de violation, parce que la licence n'autorisait pas les activités qui y étaient proposées, et (3) si la Cour fédérale avait compétence pour rendre un jugement déclaratoire dans le cadre d'une telle procédure de contrôle judiciaire limité. Dans *Apotex n° 1*, il est aussi allégué que, outre la question principale de la contrefaçon, la préparation de la nizatidine sous forme posologique définitive proposée par Apotex constituerait elle-même une violation des brevets d'Eli Lilly et qu'il y a donc lieu de rendre une ordonnance d'interdiction peu importe que l'accord d'approvisionnement constitue ou non une sous-licence.

V. Analysis

V. Analyse

A. *The Agreement Between Apotex and Novopharm*

A. *L'accord entre Apotex et Novopharm*

47 The primary argument advanced by Eli Lilly is that the supply agreement constituted the grant of a sublicense by Novopharm to Apotex in direct violation of paragraph 12 of Novopharm's compulsory licence for nizatidine. It is undisputed that such a breach would, pursuant to paragraph 8 of the licence, entitle Eli Lilly to terminate the licence, which would in turn preclude Novopharm from manufacturing, using, importing or selling nizatidine without infringing Eli Lilly's patent. In this event, neither Novopharm's nor Apotex's NOA would be justified.

Le principal argument avancé par Eli Lilly veut que l'accord d'approvisionnement représente l'attribution d'une sous-licence par Novopharm à Apotex, ce qui est directement contraire à l'article 12 de la licence obligatoire de Novopharm à l'égard de la nizatidine. Tous s'accordent pour dire qu'une telle violation donnerait à Eli Lilly, en vertu de l'article 8 de la licence, le droit d'annuler la licence, ce qui aurait pour effet d'empêcher Novopharm de fabriquer, d'utiliser, d'importer ou de vendre de la nizatidine sans violer le brevet d'Eli Lilly. Dans un tel cas, ni l'ADA de Novopharm ni celui d'Apotex ne seraient fondés.

(1) The Nature of a Sublicence

Relatively little argument was directed at defining what a sublicense is. As a general matter, a sublicense amounts to a grant by a licensee of certain licensed rights to a third party, the sublicensee. That is, the licensee in effect transfers or licenses some or all of his or her rights to the sublicensee, which means that the sublicense has similar incidents to the primary licence, including the right to exercise independently certain rights enjoyed by the licensee pursuant to its licence. It has been said, in fact, that “a sublicense is simply another name for the indirect granting of a licence”: see Leslie W. Melville, *Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, vol. 1 (3rd ed. rev. 1997 (loose-leaf)), at § 3.18.

To understand the nature of a sublicense, then, it is first necessary to appreciate the nature of a licence. In Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), the concept is expressed as follows (at p. 285):

A licence, even though exclusive, does not give the licensee all the rights of the patentee. A licence does not set up rights as between the licensee and the public, but only permits him to do acts that he would otherwise be prohibited from doing. He obtains merely a right of user. But a licence is a grant of a right and does not merely confer upon the licensee a mere interest in equity. A licence is the transfer of a beneficial interest to a limited extent, whereby the transferee acquires an equitable right in the patent. A licence prevents that from being unlawful which, but for the licence, would be unlawful; it is a consent by an owner of a right that another person should commit an act which, but for that licence, would be an infringement of the right of the person who gives the licence. A licence gives no more than the right to do the thing actually licensed to be done. [Emphasis added.]

In other words, by the grant of a licence, the patentee grants to the licensee the right to act in a certain way *vis à vis* the patented article, a right which, but for the licence, the licensee would not enjoy. The licensee’s rights, however, are not nec-

(1) La nature d’une sous-licence

On a soumis relativement peu d’arguments au sujet de la définition d’une sous-licence. En général, une sous-licence représente l’attribution par le titulaire d’une licence de certains droits conférés par celle-ci à un tiers, le titulaire de la sous-licence. Autrement dit, le titulaire de la licence cède effectivement la totalité ou une partie de ses droits au titulaire de la sous-licence, ce qui signifie que la sous-licence comporte des attributs semblables à ceux de la licence principale, dont le droit d’exercer de façon indépendante certains droits que la licence confère à son titulaire. En réalité, on a dit qu’[TRADUCTION] «une sous-licence est simplement un autre nom donné à l’attribution indirecte d’une licence»: voir Leslie W. Melville, *Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, vol. 1 (3^e éd. rév. 1997 (feuilles mobiles)), au § 3.18.

Pour comprendre la nature d’une sous-licence, il est donc nécessaire de commencer par saisir la nature d’une licence. Dans Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), le concept est exprimé ainsi (à la p. 285):

[TRADUCTION] Une licence, quoiqu’exclusive, ne confère pas à son titulaire tous les droits du breveté. Elle n’investit pas son titulaire de droits opposables au grand public, mais lui permet seulement de faire ce qui lui serait par ailleurs interdit de faire. Il n’obtient qu’un droit d’usage. Mais une licence est une attribution d’un droit et ne fait pas que conférer à son titulaire un simple intérêt en *equity*. Une licence représente une cession de droit à titre bénéficiaire dans une certaine mesure, par laquelle le cessionnaire acquiert un droit en *equity* sur le brevet. Une licence empêche d’être illégal ce qui, sans elle, serait illégal; elle est un consentement du titulaire d’un droit à ce qu’une autre personne accomplisse un acte qui, sans la licence, violerait le droit de la personne qui accorde la licence. Une licence confère tout au plus le droit de faire la chose qu’elle permet vraiment de faire. [Je souligne.]

En d’autres termes, par l’attribution d’une licence, le breveté accorde au titulaire de cette licence le droit d’agir d’une certaine façon relativement à l’article breveté, droit dont le titulaire de la licence ne jouirait pas sans celle-ci. Toutefois, les droits du

essarily equivalent to those of the patentee; rather, they are limited to, and qualified by, the express terms of the licence.

50

Moreover, I should note, as an aside, that, unless the intention is expressed or implied in the licence, a licensee is not at liberty to grant a sublicense without the permission of the licensor: see, for example, *Howard and Bullough, Ld. v. Tweedales and Smalley* (1895), 12 R.P.C. 519, at p. 528. This may be viewed as an effort by the law to protect the property rights of the owner of the property, notwithstanding that the exclusive nature of these rights has been compromised by the granting of a licence. Thus, even without the express prohibition against sublicensing in the compulsory licence, Novopharm would not have been permitted to grant a sublicense to Apotex. The effect of the express prohibition, however, in the context of this licence as a whole, is that the grant of a sublicense by Novopharm would occasion a breach which could lead to the termination of the compulsory licence at the instance of Eli Lilly.

51

For Novopharm to have granted a sublicense to Apotex by means of the supply agreement, it must have transferred some or all of its rights under its compulsory licence to Apotex. Simply put, the question comes down to this: did Novopharm grant to Apotex, either expressly or impliedly, the right to do something which Apotex would otherwise be prohibited from doing, and which Novopharm was permitted to do only by virtue of its compulsory licence for nizatidine? This may have occurred in one of two ways: either some express provision or provisions, apparent on the face of the agreement, may reveal that the intentions of the parties was to create a sublicensing arrangement, or the legal effect of the document may be such that a sublicense was created in spite of the parties' contrary intentions. I will examine each of these possibilities in turn.

titulaire d'une licence n'équivalent pas nécessairement à ceux du breveté; ils sont plutôt limités aux conditions explicites de la licence et nuancés par celles-ci.

De plus, je devrais souligner, en passant, que, sauf si cette intention est explicite ou implicite dans la licence, le titulaire de cette dernière n'est pas libre d'accorder une sous-licence sans la permission du donneur de licence: voir, par exemple, *Howard and Bullough, Ld. c. Tweedales and Smalley* (1895), 12 R.P.C. 519, à la p. 528. Cela peut-être perçu comme une tentative de la loi de protéger les droits de propriété du titulaire du bien, même si l'attribution d'une licence a compromis la nature exclusive de ces droits. Ainsi, même si la licence obligatoire n'interdisait pas expressément d'accorder une sous-licence, Novopharm n'aurait pas été autorisée à accorder une sous-licence à Apotex. Toutefois, il découle de l'interdiction expresse, compte tenu de la licence dans son ensemble, que l'attribution d'une sous-licence par Novopharm engendrerait une violation susceptible d'entraîner l'annulation de la licence obligatoire à la demande d'Eli Lilly.

Pour que Novopharm ait accordé une sous-licence à Apotex au moyen de l'accord d'approvisionnement, elle doit lui avoir cédé une partie ou la totalité des droits qu'elle possédait en vertu de sa licence obligatoire. Il s'agit simplement de savoir si Novopharm a, expressément ou implicitement, accordé à Apotex le droit de faire quelque chose qu'il lui aurait par ailleurs été interdit de faire et que Novopharm n'aurait été autorisée à faire qu'en vertu de sa licence obligatoire relative à la nizatidine. Cela a pu se produire de deux manières: soit qu'une seule ou plusieurs dispositions explicites, qui se dégagent à la lecture de l'accord, puissent révéler que les parties avaient l'intention de créer une entente de sous-licence, soit que l'effet juridique du document peut être tel qu'une sous-licence a été créée malgré les intentions contraires des parties. Je vais examiner chacune de ces possibilités à tour de rôle.

(2) Contractual Interpretation and the Intentions of the Parties

In order to ascertain whether the supply agreement conferred or had the effect of conferring a sublicense upon Apotex, it is first necessary to consider the proper approach to the interpretation of such a contract, and, in particular, the evidence which may be considered in this respect. In *Consolidated-Bathurst, supra*, at p. 901, Estey J., writing for himself and Pigeon, Dickson, and Beetz JJ., offered the following analysis:

Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation . . . which promotes a sensible commercial result.

From this passage emerge a number of important principles of contractual interpretation. Not all of these, however, apply to the instant appeal. One which surely does not is the doctrine of *contra proferentem*. *Contra proferentem* operates to protect one party to a contract from deviously ambiguous or confusing drafting on the part of the other party, by interpreting any ambiguity against the drafting party. When both parties are in agreement as to the proper interpretation of the contract, however, it is not open to a third party to assert that *contra proferentem* should be applied to interpret the contract against both contracting parties. Indeed, a third party has no basis at all upon which to rely upon *contra proferentem*: see G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 471. Therefore, I would, as a prelimi-

(2) Interprétation des contrats et intentions des parties

Pour vérifier si l'accord d'approvisionnement a conféré ou a eu pour effet de conférer une sous-licence à Apotex, il faut tout d'abord décider quelle est la méthode d'interprétation qui convient pour ce type de contrat et, en particulier, quelle preuve peut être prise en considération à cet égard. Dans *Consolidated Bathurst*, précité, à la p. 901, le juge Estey fait l'analyse suivante, en son propre nom et en celui des juges Pigeon, Dickson et Beetz:

Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à l'interprétation des contrats, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation [. . .] qui favorise un résultat commercial raisonnable.

Un certain nombre de principes importants en matière d'interprétation des contrats se dégagent de ce passage. Toutefois, ils ne s'appliquent pas tous au présent pourvoi. Un principe qui ne s'applique sûrement pas est la règle *contra proferentem*. Cette règle a pour effet de protéger une partie à un contrat contre les conditions ambiguës ou déroutantes introduites d'une façon détournée par l'autre partie, en privilégiant une interprétation de l'ambiguïté au détriment de la partie qui les a rédigées. Toutefois quand les deux parties s'entendent sur la façon d'interpréter le contrat, il n'est pas loisible à un tiers d'affirmer que la règle *contra proferentem* devrait être appliquée pour interpréter le contrat au détriment des deux parties contractantes. En fait, un tiers n'a aucune raison d'invoquer la règle *contra proferentem*: voir G. H. L. Fridman,

nary matter, reject the suggestion that the doctrine should apply to read any ambiguity in the contract against the drafting parties, in this case both Novopharm and Apotex.

54 The trial judge appeared to take *Consolidated-Bathurst* to stand for the proposition that the ultimate goal of contractual interpretation should be to ascertain the true intent of the parties at the time of entry into the contract, and that, in undertaking this inquiry, it is open to the trier of fact to admit extrinsic evidence as to the subjective intentions of the parties at that time. In my view, this approach is not quite accurate. The contractual intent of the parties is to be determined by reference to the words they used in drafting the document, possibly read in light of the surrounding circumstances which were prevalent at the time. Evidence of one party's subjective intention has no independent place in this determination.

55 Indeed, it is unnecessary to consider any extrinsic evidence at all when the document is clear and unambiguous on its face. In the words of Lord Atkinson in *Lampson v. City of Quebec* (1920), 54 D.L.R. 344 (P.C.), at p. 350:

... the intention by which the deed is to be construed is that of the parties as revealed by the language they have chosen to use in the deed itself. . . . [I]f the meaning of the deed, reading its words in their ordinary sense, be plain and unambiguous it is not permissible for the parties to it, while it stands unreformed, to come into a Court of justice and say: "Our intention was wholly different from that which the language of our deed expresses. . . ."

56 When there is no ambiguity in the wording of the document, the notion in *Consolidated-Bathurst* that the interpretation which produces a "fair result" or a "sensible commercial result" should be adopted is not determinative. Admittedly, it would be absurd to adopt an interpretation which is clearly inconsistent with the commercial interests of the parties, if the goal is to ascertain their true

The Law of Contract in Canada (3^e éd. 1994), à la p. 471. En conséquence, je suis d'avis, à titre préliminaire, de repousser la proposition selon laquelle cette règle devrait s'appliquer de manière à interpréter toute ambiguïté du contrat au détriment des parties qui l'on rédigé, en l'occurrence tant Novopharm qu'Apotex.

Le juge de première instance semble avoir considéré que, d'après l'arrêt *Consolidated Bathurst*, l'interprétation du contrat devrait viser en définitive à vérifier l'intention véritable des parties au moment de conclure le contrat et que, ce faisant, le juge des faits peut admettre des éléments de preuve extrinsèques concernant les intentions subjectives des parties à ce moment-là. À mon avis, cela n'est pas tout à fait exact. L'intention des parties contractantes doit être déterminée en fonction des mots qu'elles ont employés en rédigeant le document, éventuellement interprétés à la lumière des circonstances du moment. La preuve de l'intention subjective d'une partie n'occupe aucune place indépendante dans cette décision.

En fait, il n'est pas nécessaire de prendre en considération quelque preuve extrinsèque que ce soit lorsque le document est, à première vue, clair et sans ambiguïté. Pour reprendre les propos de lord Atkinson dans *Lampson c. City of Quebec* (1920), 54 D.L.R. 344 (C.P.), à la p. 350:

[TRADUCTION] . . . l'intention qu'il faut rechercher en interprétant l'acte est celle des parties telle qu'elle se dégage des termes qu'elles ont utilisés dans l'acte lui-même. [. . .] [S]i la signification de l'acte, selon le sens ordinaire des mots qui y sont employés, est claire et sans ambiguïté, il n'est pas permis aux parties à cet acte, aussi longtemps qu'il n'est pas modifié, de venir affirmer devant une cour de justice: «Notre intention était tout à fait différente de celle qui est exprimée par les termes de l'acte . . . »

Quand le texte du document est sans ambiguïté, l'idée exprimée dans *Consolidated Bathurst*, selon laquelle il y a lieu de retenir l'interprétation qui assure un «résultat équitable» ou un «résultat commercial raisonnable», n'est pas déterminante. Certes, il serait absurde d'adopter une interprétation nettement incompatible avec les intérêts commerciaux des parties, si l'objectif est de vérifier leur

contractual intent. However, to interpret a plainly worded document in accordance with the true contractual intent of the parties is not difficult, if it is presumed that the parties intended the legal consequences of their words. This is consistent with the following dictum of this Court, in *Joy Oil Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 624, at p. 641:

... in construing a written document, the question is not as to the meaning of the words alone, nor the meaning of the writer alone, but the meaning of the words as used by the writer.

In my view, there was no ambiguity to the contract entered into between Apotex and Novopharm. No attempt was made to disguise the true purpose of the arrangement, or the circumstances surrounding its drafting. Clearly, the agreement was meant to minimize the deleterious effects of the amendments to the *Patent Act*, which were expected to and did eventually place severe restrictions on the former scheme of compulsory licensing, by maximizing the access of each party to as wide a variety of patented medicines as possible. This was to be accomplished by obliging each party to obtain such material for the other in the event that one party possessed a licence which the other lacked and could no longer readily obtain. All of this is evident on a plain reading of the recitals to the supply agreement. Leaving aside the question of circumventing the legislation, which has no bearing on the interpretation of the contract, the parties' intentions are clear on the face of the agreement. Accordingly, it cannot properly be said, in my view, that the supply agreement contains any ambiguity that cannot be resolved by reference to its text. No further interpretive aids are necessary.

More specifically, there is no need to resort to any of the evidence tendered by either Apotex or Novopharm as to the subjective intentions of their principals at the time of drafting. Consequently, I find this evidence to be inadmissible by virtue of the parol evidence rule: see *Indian Molybdenum*

véritable intention au moment de contracter. Toutefois, il n'est pas difficile d'interpréter un document clair conformément à l'intention véritable des parties contractantes, si l'on présume que les parties voulaient les conséquences juridiques des mots qu'elles ont employés. Cela est conforme à l'opinion incidente de notre Cour dans *Joy Oil Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 624, à la p. 641:

[TRADUCTION] ... en interprétant un document, il s'agit non pas de chercher à comprendre ce que les mots seulement veulent dire, ni ce que le rédacteur seulement a voulu dire, mais plutôt de chercher ce que les mots employés par le rédacteur veulent dire.

À mon sens, le contrat intervenu entre Apotex et Novopharm ne comporte aucune ambiguïté. Aucune tentative n'a été faite pour camoufler l'objet véritable de l'entente ou les circonstances ayant entouré sa rédaction. De toute évidence, l'accord visait à réduire au minimum les effets préjudiciables des modifications apportées à la *Loi sur les brevets*, qui étaient censées imposer, et ont imposé en définitive, des restrictions considérables au régime antérieur de licences obligatoires, en portant au maximum l'accès de chaque partie à la plus grande variété possible de médicaments brevetés. Cela a été fait en obligeant chaque partie à obtenir de telles substances pour l'autre partie dans le cas où cette partie possédait une licence que l'autre n'avait pas et ne pourrait plus facilement acquérir. Tout cela ressort du texte clair des considérants de l'accord d'approvisionnement. Mis à part la question de contourner la loi, qui n'a rien à voir avec l'interprétation du contrat, les intentions des parties ressortent clairement à la lecture de l'accord. En conséquence, j'estime qu'on ne saurait affirmer à juste titre que l'accord d'approvisionnement comporte des ambiguïtés que son texte même ne permet pas de résoudre. Aucun autre outil d'interprétation n'est nécessaire.

Plus précisément, il n'est pas nécessaire de recourir à l'un ou l'autre élément de preuve soumis par Apotex ou Novopharm relativement aux intentions subjectives de leurs mandants au moment de rédiger l'accord. Par conséquent, j'estime que cette preuve est irrecevable en vertu de la règle d'exclu-

Ltd. v. The King, [1951] 3 D.L.R. 497 (S.C.C.), at pp. 502-3.

59 Moreover, even if such evidence were required, that is not the character of the evidence tendered in this case, which sheds no light at all on the surrounding circumstances. It consisted only of the subjective intentions of the parties: Mr. Dan's subjective intention at the time of drafting and Dr. Sherman's subjective intention to implement the agreement in a certain way.

60 Therefore, I am of the opinion that the trial judge erred, in the *Novopharm* proceeding, in considering the evidence of Mr. Dan as to his intention at the time the contract was made. However, I am also cognizant of her clear statement that she would have reached the same conclusion even without considering the evidence and thus I would not reject her interpretation of the supply agreement for this reason alone. Appropriately, McGillis J. did not appear to consider the evidence of Dr. Sherman in *Apotex #1*, although the same cannot be said for MacGuigan J.A. in his disposition of that case. Indeed, he seemed to have been influenced heavily by this evidence, which necessarily casts doubt on the validity of his conclusions.

61 Having established that no extrinsic evidence is admissible, what does the text of the agreement say about the intentions of the parties? Despite the somewhat strident submissions to the contrary by Eli Lilly, one thing which it most assuredly does not say is that, pursuant to its terms, Apotex is entitled to the independent use of any compulsory licence owned by Novopharm for its own benefit. Nor does it say that Apotex is entitled to exercise any right enjoyed by Novopharm pursuant to any such licence. Rather, it simply provides, in paragraph 1, that Novopharm will, at the direction of Apotex, "use its licence for the benefit of" Apotex. To my mind, this does not satisfy the definition of a sublicense, as previously set out. The only right acquired by Apotex pursuant to this provision is the right to require Novopharm to exercise its licensed rights in a particular way, that is, to

tion de la preuve extrinsèque: voir *Indian Molybdenum Ltd. c. The King*, [1951] 3 D.L.R. 497 (C.S.C.), aux pp. 502 et 503.

De plus, même si cette preuve était nécessaire, telle n'est pas la nature de la preuve soumise en l'espèce, qui n'élucide aucunement les circonstances de la rédaction. Elle ne concernait que les intentions subjectives des parties: l'intention subjective de M. Dan au moment de la rédaction et l'intention subjective de M. Sherman d'exécuter l'accord d'une certaine manière.

En conséquence, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur, dans l'affaire *Novopharm*, en tenant compte du témoignage de M. Dan quant à l'intention qu'il avait au moment de conclure le contrat. Toutefois, je reconnais aussi qu'elle a affirmé clairement qu'elle aurait tiré la même conclusion même indépendamment de ce témoignage, et je ne rejetterais donc pas son interprétation de l'accord d'approvisionnement pour ce seul motif. À juste titre, le juge McGillis n'a pas paru tenir compte du témoignage de M. Sherman dans *Apotex n° 1*, bien qu'on ne puisse pas en dire autant du juge MacGuigan dans la façon dont il a statué sur cette affaire. En fait, il a semblé avoir été fortement influencé par ce témoignage, ce qui met nécessairement en doute la validité de ses conclusions.

Une fois qu'il est établi qu'aucune preuve extrinsèque n'est recevable, que dit le texte de l'accord au sujet de l'intention des parties? Malgré les arguments contraires quelque peu percutants avancés par Eli Lilly, une chose que l'accord ne dit sûrement pas c'est qu'Apotex a le droit d'utiliser de manière indépendante, à son propre profit, toute licence obligatoire que possède Novopharm. Il ne dit pas non plus qu'Apotex a le droit d'exercer tout droit conféré à Novopharm par une telle licence. Il ne fait plutôt que prévoir, à l'article 1, que Novopharm va, sur l'ordre d'Apotex, «utilise[r] sa licence au bénéfice» d'Apotex. À mon sens, cela ne correspond pas à la définition de la sous-licence, donnée précédemment. Le seul droit acquis par Apotex, en vertu de cette disposition, est celui de demander à Novopharm d'exercer d'une certaine manière les droits que lui confère sa

enable it to set in motion and benefit from Novopharm's exercise of its own rights to obtain and sell certain patented medicines. Apotex acquires no right to obtain these medicines independently of Novopharm. Indeed, it remains abundantly clear that Novopharm is still the only party actually entitled to act pursuant to the licence.

Thus, it is really of no consequence that the agreement gives Apotex the right to direct Novopharm as to who should make the medicine, from whom it should be purchased, and at what price, or that Novopharm is contractually obliged to follow these directions. Nor does it matter that Novopharm is to receive a royalty for supplying to Apotex the licensed materials so obtained. In some ways, these provisions create nothing more than an elaborate agreement to agree. That is, the agreement sets out a procedure by which the unlicensed party may require the licensed party to enter into another agreement, one of purchase and sale, the specific terms of which may be set substantially by the unlicensed party except that the licensed party is always entitled to the same rate of return: four percent of the cost of the material sold. In this way, the royalty does no more than assure the licensed party a certain margin of profit in consideration of its role in these anticipated future transactions. The arguments of the respondent notwithstanding, I do not see how this can be indicative of either an intention to confer, or the actual conferral of, a sublicense.

It is true that, in the recitals, the parties refer to a mutual intention to "share their rights", which itself might well be taken to suggest an intention to create a sublicense. However, this provision must be read in light of the rest of the agreement, which clearly discloses the intention not to create a sublicense. In particular, the requirement in paragraph 6 that the licensed party comply with the terms of its licence militates against the conclusion that the parties intended by the agreement to grant sublicences to one another. It simply would not be

licence, c'est-à-dire de manière à l'habilitier à déclencher l'exercice par Novopharm de ses propres droits d'obtenir et de vendre certains médicaments brevetés, et à profiter de cet exercice. Apotex n'acquiert aucun droit d'obtenir ces médicaments indépendamment de Novopharm. En fait, il reste tout à fait clair que Novopharm est toujours la seule partie ayant réellement le droit d'agir conformément à la licence.

Ainsi, il est vraiment sans importance que l'accord donne à Apotex le droit de dire à Novopharm qui devrait fabriquer le médicament, à qui il devrait être acheté et à quel prix, ou que Novopharm soit tenue, en vertu du contrat, de suivre ces directives. Il n'importe pas non plus que Novopharm doive toucher une redevance pour la fourniture à Apotex des substances autorisées ainsi obtenues. À certains égards, ces dispositions créent tout au plus un engagement détaillé à conclure un accord. Autrement dit, l'accord établit une procédure par laquelle la partie non titulaire de la licence peut contraindre la partie titulaire de la licence à conclure un autre contrat, à savoir un contrat de vente, dont les conditions précises peuvent être fixées en grande partie par la partie non titulaire, sauf que la partie titulaire de la licence a toujours droit au même taux de rendement: quatre pour cent du prix de la substance vendue. De cette façon, la redevance ne fait que garantir à la partie titulaire de la licence une certaine marge bénéficiaire en contrepartie de son rôle dans ces futures opérations prévues. Malgré les arguments de l'intimée, je ne vois pas comment cela peut indiquer soit l'intention d'attribuer une sous-licence, soit l'attribution réelle d'une sous-licence.

Il est vrai que, dans les considérants, les parties parlent d'une volonté commune de «partager leurs droits», ce qui pourrait bien être interprété en soi comme une intention de créer une sous-licence. Cependant, cette disposition doit être interprétée en fonction du reste de l'accord, qui révèle clairement l'intention de ne pas créer une sous-licence. En particulier, la condition, à l'article 6, que la partie titulaire d'une licence se conforme aux conditions de sa licence milite contre la conclusion que les parties voulaient, par cet accord, s'accorder

possible for Novopharm to grant a sublicense while still complying with the terms of its compulsory licence for nizatidine, given the express prohibition in that licence against the conferral of sublicences. On the evidence, there is no reason to conclude that Novopharm intended to breach both the supply agreement and its compulsory licence by granting a sublicense to Apotex.

64 Moreover, I do not read paragraph 7 of the agreement, which provides that “[t]he licensed party shall not be excused from performing any act as directed by the unlicensed party . . . on the grounds that there is doubt as to whether or not the licence . . . permits the requested acts” (emphasis added), provided also that the unlicensed party is obliged to defend the licensed party from any ensuing litigation, as either permitting or requiring the conferral of a sublicense in this case. If paragraph 6 is to have any meaning at all, it must at least be seen as prohibiting acts which would be in clear violation of the licence held by the licensed party. I can conceive of no clearer violation than the conferral of a sublicense. There is no “doubt” as to whether the licence permits such an act; rather, it is expressly prohibited by paragraph 12 of the licence. Consequently, I do not believe that paragraph 7 has any application in the circumstances; certainly, it does not oust the effect of paragraph 6.

65 Paragraph 8, which requires the licensed party to “cooperate fully with the unlicensed party and follow the directions of the unlicensed party to enable the unlicensed party to enjoy the use of the licence to the same extent that would be possible if the unlicensed party itself held such licence” (emphasis added), is admittedly an unusual and arguably unfortunately worded clause. Indeed, if anyone were to question whether the supply agreement was actually drafted without the benefit of counsel, as asserted by both Novopharm and Apotex, this paragraph would stand as cogent evidence in support of that claim. However, it too must be read in light of the rest of the agreement, which simply

mutuellement des sous-licences. Il serait simplement impossible à Novopharm d’accorder une sous-licence tout en respectant les conditions de sa licence obligatoire relative à la nizatidine, étant donné l’interdiction expresse qui y est faite d’attribuer des sous-licences. D’après la preuve, il n’y a aucune raison de conclure que Novopharm a voulu violer à la fois l’accord d’approvisionnement et sa licence obligatoire en accordant une sous-licence à Apotex.

En outre, selon moi, à l’article 7 de l’accord, qui prévoit que «[l]a partie titulaire d’une licence n’est pas dispensée d’accomplir un acte conformément aux instructions données par la partie non titulaire [. . .] pour le motif qu’un doute subsiste quant à savoir si la licence [. . .] permet l’acte en question» (je souligne), pourvu également que la partie non titulaire soit tenue d’assurer la défense de la partie titulaire de la licence dans le cadre de toute poursuite judiciaire qui peut s’ensuivre, ne permet pas ou n’exige pas l’attribution d’une sous-licence en l’espèce. Pour que l’article 6 ait un sens, il doit à tout le moins être interprété comme interdisant les actes qui contreviendraient clairement à la licence de la partie qui en est titulaire. Je ne puis imaginer de violation plus claire que l’attribution d’une sous-licence. Il n’y a aucun «doute» quant à savoir si la licence permet un tel acte; il est interdit expressément par l’article 12 de la licence. En conséquence, je ne crois pas que l’article 7 soit applicable dans les circonstances; il n’écarte certes pas l’effet de l’article 6.

L’article 8 qui oblige la partie titulaire d’une licence à «collabore[r] pleinement avec la partie non titulaire et [à] se conforme[r] aux instructions de cette dernière afin de lui permettre d’utiliser la licence tout comme si elle en était elle-même titulaire» (je souligne) est certes une clause inhabituelle et, pourrait-on soutenir, rédigée de façon malencontreuse. En effet, si quelqu’un devait douter que l’accord d’approvisionnement a vraiment été rédigé sans l’aide d’un conseiller juridique, comme l’ont fait valoir Novopharm et Apotex, cet article tendrait fortement à corroborer cette assertion. Toutefois, il doit lui aussi être interprété en fonction du reste de l’accord, qui ne permet sim-

does not permit the unlicensed party to “enjoy the use of the licence” in the active sense, that is, to actually use it. Rather, it permits only indirect enjoyment: the enjoyment of the licensed party’s use of the licence. It is certainly true that the licensed party is obliged to follow the directions of the unlicensed party and to take all legal steps possible to enable the unlicensed party to benefit from the existence of the licence, when requested. However, this stops short of actually permitting the unlicensed party to exercise licensed rights independently of the licensed party, which is the essence of a sublicense.

In short, I can find nothing in the wording of the document to suggest that the parties intended to grant sublicences to each other. Rather, every indication is that they intended to establish a commercial arrangement whereby the unlicensed party would enjoy the right to require the licensed party to use its various licences for the benefit of the unlicensed party by acquiring, potentially at the direction of the unlicensed party, and subsequently reselling to the unlicensed party, various patented medicines. Indeed, it is worth noting that the creation of sublicences really would not have been in the parties’ commercial interests, as this would have justified the termination of the various compulsory licences held by each company and thereby not only rendered the supply agreement itself useless but also jeopardized the business operations of both. While it is true, as submitted by Eli Lilly, that no express words of grant are required to create a sublicense, clearly the supply agreement, to have this character, must have transferred to Apotex more than simply the right to compel Novopharm to use its licence in a given way. But it is apparent that, in the context of the agreement as a whole, this is all that was meant by sharing rights.

(3) The Legal Effect of the Supply Agreement

Eli Lilly contends that the legal effect of the agreement was that a sublicense was granted by

plement pas à la partie non titulaire d’une licence d’«utiliser la licence» au sens actif, c’est-à-dire de l’utiliser réellement. Il ne permet plutôt qu’une utilisation indirecte: tirer profit de l’utilisation de la licence par la partie qui en est titulaire. Il est sûrement vrai que la partie titulaire d’une licence est tenue de suivre les directives de la partie non titulaire et de faire toutes les démarches juridiques possibles pour permettre à cette dernière de profiter de l’existence de la licence, à sa demande. Toutefois, cela ne va pas jusqu’à permettre à la partie non titulaire d’une licence d’exercer les droits conférés par la licence indépendamment de la partie qui en est titulaire, ce qui représente l’essence d’une sous-licence.

Bref, je ne trouve rien dans le texte du document qui laisse supposer que les parties voulaient s’accorder mutuellement des sous-licences. Tout indique au contraire qu’elles voulaient créer une entente commerciale en vertu de laquelle la partie non titulaire d’une licence aurait le droit de demander à la partie titulaire d’utiliser ses diverses licences à son profit pour acquérir, peut-être sur son ordre, divers médicaments brevetés, pour ensuite les lui revendre. En fait, il vaut la peine de souligner que la création de sous-licences n’aurait pas vraiment été commercialement avantageuse pour les parties, car cela aurait justifié l’annulation des diverses licences obligatoires détenues par chaque société, et aurait ainsi non seulement rendu inutile l’accord d’approvisionnement lui-même, mais encore compromis les opérations commerciales des deux sociétés. S’il est vrai, comme le soutient Eli Lilly, qu’il n’est pas nécessaire de prévoir expressément la création d’une sous-licence, il est évident que, pour constituer une sous-licence, l’accord d’approvisionnement doit avoir cédé à Apotex davantage que le simple droit d’obliger Novopharm à utiliser sa licence d’une certaine manière. Mais il appert que, dans le contexte de l’ensemble de l’accord, l’expression «partager leurs droits» ne signifiait rien de plus.

(3) L’effet juridique de l’accord d’approvisionnement

Eli Lilly prétend que l’accord a eu pour effet juridique d’entraîner l’attribution mutuelle de

each party to the other, despite what they may have intended. In light of the foregoing analysis, however, I do not see how this argument can be sustained. Apotex and Novopharm intended to create a specific type of supply agreement, not a sublicense, and I believe they succeeded in doing so. However, to the extent that Eli Lilly's argument may be premised upon some confusion as to the distinction between a sublicense and an ordinary agreement of purchase and sale, that distinction does merit some brief examination at this stage.

(i) *Sublicence Versus Purchase and Sale*

68 By virtue of its compulsory licence, Novopharm is entitled to manufacture and/or import bulk nizatidine, subject to the temporal restrictions imposed by the *Patent Act*, and to sell the nizatidine so obtained to Apotex or any other third party. Apotex, having acquired the nizatidine from Novopharm, would then be free to use it in any way that did not infringe the patents held by Eli Lilly. Thus, no sublicense could have been created by an agreement that was confirmatory of these rights and simply conferred upon Apotex the additional right to require Novopharm to acquire and sell to it bulk nizatidine at a certain rate. In other words, to prove the existence of a sublicense, it must be established that the agreement was, in substance if not form, more than merely an elaborate arrangement under which future contracts for purchase and sale might be completed.

69 As I have said, a sublicense requires the conferral of licensed rights by a licensee upon a third party, the sublicensee. This may create some confusion between a sublicense and an ordinary contract of purchase and sale, though, as a third party may acquire similar rights under each of these arrangements. That is, just as a sublicensee can obtain the rights to use and sell a patented article if this right is enjoyed by the licensee and transferred accordingly, so too is the sale by a licensee of a patented article presumed to give the purchaser the right "to use or sell or deal with the goods as the purchaser pleases": see *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605, at p. 610; see

sous-licences par les parties, malgré l'intention qu'elles ont pu avoir. Compte tenu de l'analyse qui précède, je ne vois cependant pas comment cet argument peut être retenu. Apotex et Novopharm voulaient créer un certain type d'accord d'approvisionnement et non pas une sous-licence, et je crois qu'elles sont parvenues à le faire. Toutefois, dans la mesure où l'argument d'Eli Lilly peut reposer sur une certaine confusion quant à la distinction entre une sous-licence et un contrat de vente ordinaire, il convient, à ce stade, d'examiner brièvement cette distinction.

(i) *Sous-licence versus contrat de vente*

En vertu de sa licence obligatoire, Novopharm a le droit de fabriquer ou d'importer de la nizatidine en vrac, ou de faire les deux, à la condition de respecter les délais prescrits par la *Loi sur les brevets*, et de vendre la nizatidine ainsi obtenue à Apotex ou à tout autre tiers. Après avoir acquis la nizatidine de Novopharm, Apotex était ensuite libre de l'utiliser d'une manière qui ne violait pas les brevets d'Eli Lilly. Par conséquent, aucune sous-licence n'aurait pu être créée par un accord qui confirmait ces droits et accordait simplement à Apotex le droit supplémentaire de demander à Novopharm d'acquiescer et de lui vendre de la nizatidine en vrac à un certain tarif. En d'autres mots, pour prouver l'existence d'une sous-licence, il faut établir que l'accord était, sur le plan du fond sinon de la forme, plus qu'une entente détaillée aux termes de laquelle de futurs contrats de vente pourraient être signés.

Je le répète, pour qu'il y ait sous-licence, il doit y avoir attribution par le titulaire d'une licence à un tiers, titulaire de la sous-licence, des droits conférés par la licence. Cela peut cependant générer une certaine confusion entre une sous-licence et un contrat de vente ordinaire, vu qu'un tiers peut acquiescer des droits semblables en vertu de chacune de ces ententes. Autrement dit, tout comme le titulaire d'une sous-licence peut obtenir le droit d'utiliser et de vendre un article breveté si le titulaire de la licence possède ce droit et le lui cède en conséquence, de même la vente par le titulaire d'une licence d'un article breveté est présumée conférer à l'acheteur le droit [TRADUCTION] «d'utiliser, de

also *Gillette v. Rea* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.); *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. App. 245. In other words, unless otherwise stipulated in the licence, a licensee is generally entitled to pass to a purchaser the right to use or resell the patented article without fear of infringing the patent.

But the sale of a licensed article obviously does not have the automatic effect of constituting the purchaser a sublicensee, and thus the fact that a third party enjoys rights of use and alienation cannot alone be indicative of the existence of a sublicense. Indeed, as Apotex points out, both the case law and common sense disclose any number of ways in which a licensee can sell a licensed article to a third party with the complete range of ordinary incidents of ownership, without constituting that party a sublicensee. These range from the ordinary casual purchase to the licensee's manufacturing, at the purchaser's instigation and direction, and according to the purchaser's own design specifications, products which incorporate the subject matter of the licence: see *Intel Corp. v. ULSI System Technology Inc.*, 995 F.2d 1566 (Fed. Cir. 1993).

Thus, practically speaking, the rights of use and alienation can only be determinative of the existence of a sublicense in cases in which it is clear that no transfer of property rights has occurred, i.e., that there has been no sale of the licensed article to the third party. In such a case, a right of use could only be derived from a sublicense of some type, and an untrammelled right of alienation could not be enjoyed at all, as it would be impossible for a third party to transfer good title without first having any proprietary right in the article. Where the rights of the unlicensed party are derived from a sale of licensed material, however, it would be misleading to rely on the rights of use and alienation as a basis for the conclusion that a sublicense has been or is to be granted.

In the present case, it is plainly the latter situation which is contemplated by the supply agree-

vendre ou d'aliéner les marchandises à son gré»: voir *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Isler*, [1906] 1 Ch. 605, à la p. 610; voir aussi *Gillette c. Rea* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.); *Betts c. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. App. 245. En d'autres termes, sauf stipulation contraire de la licence, le titulaire de celle-ci a généralement le droit de céder à un acheteur le droit d'utiliser ou de revendre l'article breveté sans crainte de violer le brevet.

Mais, de toute évidence, la vente d'un article autorisé n'a pas automatiquement pour effet de faire de l'acheteur un titulaire de sous-licence et, par conséquent, le fait qu'un tiers jouisse de droits d'utilisation et d'aliénation ne saurait indiquer en soi l'existence d'une sous-licence. En réalité, comme Apotex le souligne, il existe, selon la jurisprudence et le bon sens, un certain nombre de manières dont le titulaire d'une licence peut vendre un article autorisé à un tiers avec l'éventail complet des attributs ordinaires de la propriété, sans pour autant faire de ce dernier un titulaire de sous-licence. Cela va de l'achat imprévu ordinaire à la fabrication par le titulaire d'une licence, à la demande et sur l'ordre de l'acheteur, et suivant ses propres spécifications, de produits qui incorporent l'objet de la licence: voir *Intel Corp. c. ULSI System Technology Inc.*, 995 F.2d 1566 (Fed. Cir. 1993).

Ainsi, en pratique, les droits d'utilisation et d'aliénation ne peuvent être déterminants quant à l'existence d'une sous-licence que lorsqu'il est évident qu'il n'y a eu aucune cession de droits de propriété, c'est-à-dire qu'il n'y a eu aucune vente au tiers de l'article autorisé. En pareil cas, un droit d'utilisation ne pourrait découler que d'une sous-licence quelconque et il ne pourrait pas y avoir de droit d'aliénation illimité, car il serait impossible à un tiers de céder un titre valable sans d'abord posséder un droit de propriété sur l'article. Toutefois, quand les droits de la partie non titulaire d'une licence découlent de la vente d'une substance autorisée, il serait trompeur de se fonder sur les droits d'utilisation et d'aliénation pour conclure qu'une sous-licence a été ou va être accordée.

Dans la présente affaire, c'est clairement la dernière situation qu'envisage l'accord d'approvision-

70

71

72

ment between Novopharm and Apotex. Under the agreement, any right Apotex might enjoy to sell nizatidine would obviously emanate from its first having purchased such material from Novopharm. As I have stated, the possibility that the material might be acquired by Novopharm at and subject to Apotex's direction is of no consequence. What is important, rather, is that the supply agreement in no way permits Apotex to exercise rights licensed to Novopharm in order to manufacture, or otherwise acquire independently, patented material for which it is not itself licensed. If the agreement were in substance a sublicense, Novopharm's involvement would be entirely unnecessary; Apotex could deal directly with the manufacturer or exporter of the material, or manufacture the drugs itself. But no such rights in fact exist under the supply agreement.

nement entre Novopharm et Apotex. Aux termes de l'accord, tout droit que pourrait posséder Apotex de vendre de la nizatidine émanerait, de toute évidence, de son achat préalable de cette substance à Novopharm. Comme nous l'avons vu, la possibilité que la substance puisse être acquise par Novopharm, sur l'ordre ou sous réserve des directives d'Apotex, est sans importance. Ce qui importe, c'est plutôt que l'accord d'approvisionnement ne permet nullement à Apotex d'exercer les droits conférés par la licence à Novopharm pour fabriquer ou autrement acquérir indépendamment la substance brevetée pour laquelle elle ne détient elle-même aucune licence. Si l'accord était essentiellement une sous-licence, la participation de Novopharm serait totalement inutile; Apotex pourrait négocier directement avec le fabricant ou l'exportateur de la substance, ou fabriquer elle-même les médicaments. Mais l'accord d'approvisionnement ne confère en fait aucun droit de cette nature.

73 A number of recent U.S. cases support the view that establishing the existence of a sublicense in situations analogous to the one before us will typically depend on demonstrating that the unlicensed party is exercising the licensee's right to manufacture or import the licensed material. For example, in *Intel, supra*, it was held that the sale of microchips by the licensee, Hewlett-Packard ("HP"), to a third party, ULSI, did not constitute a sublicense, notwithstanding that the chips were built by HP according to the design and specifications of ULSI and were then resold by ULSI. The court in that case did acknowledge, however, that HP's empowering ULSI to make the chips itself would have constituted a sublicense.

Un certain nombre de précédents américains récents étayent le point de vue selon lequel, pour établir l'existence d'une sous-licence dans des situations analogues à celle qui nous occupe, il faut habituellement démontrer que la partie non titulaire d'une licence exerce le droit de la partie titulaire de la licence de fabriquer ou d'importer la substance autorisée. Par exemple, dans l'affaire *Intel*, précitée, il a été décidé que la vente de microprocesseurs par le titulaire d'une licence, Hewlett-Packard («HP»), à un tiers, ULSI, ne constituait pas une sous-licence, même si les puces étaient fabriquées par HP conformément aux devis et aux spécifications de ULSI, puis revendues par ULSI. La cour a cependant reconnu dans cette affaire qu'en permettant à ULSI de fabriquer les puces elle-même, HP lui aurait alors accordé une sous-licence.

74 In the instant appeals, the Federal Court of Appeal relied on *du Pont, supra*, for the proposition that, in effect, a sublicense is created whenever a patented product is made for the benefit of the unlicensed party rather than the licensee. However, with respect, I view *du Pont* as readily distinguishable from the cases before us, and do not, in any event, believe that it stands for the legal prin-

Dans les présents pourvois, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur la décision *du Pont*, précitée, pour affirmer qu'en fait une sous-licence est créée chaque fois qu'un produit breveté est fabriqué au profit de la partie non titulaire d'une licence plutôt que de la partie titulaire de la licence. Toutefois, en toute déférence, j'estime qu'il est facile d'établir une distinction entre l'aff-

ciple propounded. In *du Pont*, it was more significant that the unlicensed party actually manufactured the licensed article, allegedly as the agent of the licensee, only then to “purchase” the article from the licensee immediately upon its manufacture. This arrangement was characterized by the Delaware Supreme Court as a sham, and rightfully so. The only factor which distinguished it from an overt situation of an unlicensed party’s manufacturing a patented article strictly for its own benefit was a series of paper transactions carried out between a subsidiary corporation and its parent for the purpose of obscuring the true character of the arrangement.

But the situation is manifestly different in a case where the manufacturer and the end user are embodied in two different legal *personae*, and legitimate transfers of property do, in fact, take place. In *Cyrix Corp. v. Intel Corp.*, 77 F.3d 1381 (Fed. Cir. 1996), the licensed party agreed to supply a third party with microprocessors which it was entitled to manufacture pursuant to a licence conferred upon it by the patentee. The licensed party, in turn, had the processors made by another corporation (affiliated but not a subsidiary), which then sold them to the licensed party for resale to the third party. It was argued that this arrangement constituted in essence a sublicense granted by the licensed party to the third-party manufacturer, and that the licensed party’s “have made” rights under the licence extended only to the manufacture of goods for its own benefit. The court rejected this argument, finding that the licensed party was entitled to have the licensed products made by an agent and to resell them as it saw fit. It distinguished *du Pont*, *supra*, on the basis that the manufacturer and the end user were two completely separate entities, and so the arrangement could not be characterized as a sham.

In my view, *Cyrix* is much more closely analogous than *du Pont* to the instant appeal, a case in

faire *du Pont* et celles dont nous sommes saisis, et je ne crois pas, de toute façon, qu’elle permet de faire valoir le principe de droit préconisé. Dans *du Pont*, ce qui a été plus significatif c’est que la partie non titulaire d’une licence fabriquait réellement l’article autorisé, censément à titre de mandataire du titulaire de la licence, pour ensuite «acheter» cet article au titulaire de la licence immédiatement après sa fabrication. Cette entente a été qualifiée, à juste titre, de subterfuge par la Cour suprême du Delaware. Le seul facteur qui différenciait cette situation du cas patent de la partie non titulaire d’une licence qui fabrique un article breveté strictement à son propre profit était une série d’opérations fictives réalisées entre une filiale et sa société mère dans le but de masquer la nature véritable de l’entente.

Mais la situation est manifestement différente lorsque le fabricant et l’utilisateur final sont deux personnes morales distinctes et que des cessions légitimes de droit de propriété ont effectivement lieu. Dans *Cyrix Corp. c. Intel Corp.*, 77 F.3d 1381 (Fed. Cir. 1996), la partie titulaire d’une licence s’était engagée à fournir à un tiers des microprocesseurs qu’elle avait le droit de fabriquer en vertu d’une licence que lui avait accordé le breveté. La partie titulaire de la licence avait, à son tour, fait fabriquer les processeurs par une autre société (associée mais non une filiale) qui les lui a vendues pour qu’elle les revende au tiers. On a soutenu que cette entente était essentiellement une sous-licence accordée au tiers fabricant par la partie titulaire de la licence, et que les droits de cette dernière de «faire fabriquer» en vertu de la licence ne visaient que la fabrication de marchandises à son propre profit. La cour a rejeté cet argument, concluant que la partie titulaire d’une licence avait le droit de confier à un mandataire la fabrication des produits autorisés et de les revendre à son gré. Elle a établi une distinction d’avec l’affaire *du Pont*, précitée, en faisant valoir que le fabricant et l’utilisateur final étaient deux entités complètement distinctes, de sorte que l’entente ne pouvait pas être qualifiée de subterfuge.

À mon avis, *Cyrix* ressemble beaucoup plus que *du Pont* à la présente affaire, où il est question de

which two arm's-length companies, one licensed and the other unlicensed, have contracted for the prospective purchase and sale of patented goods. They have agreed that the licensed party, in this case Novopharm, will, at and according to the direction of the unlicensed party, Apotex, either manufacture or import the goods, acquire property rights in them, and sell them to Apotex. The only real difference is that, where in *Cyril* the licensee presumably had the chips made on such terms as would ensure that a profit would be earned on the agreement of purchase and sale previously completed with the third party, in the present circumstances, the profit of which Novopharm is assured is based not on its arrangement with its supplier, but from the guaranteed four percent royalty payable by Apotex. This distinction alone cannot transform the supply agreement into a sublicense.

deux sociétés sans lien de dépendance, l'une titulaire d'une licence et l'autre non titulaire d'une licence, qui ont conclu un accord en vue de l'achat et de la vente éventuels de marchandises brevetées. Elles ont convenu que la partie titulaire d'une licence, en l'occurrence Novopharm, allait, sur l'ordre et suivant les directions d'Apotex, la partie non titulaire d'une licence, fabriquer ou importer les marchandises, acquérir les droits de propriété relatifs à celles-ci et les vendre à Apotex. La seule différence véritable réside dans le fait que, tandis que dans *Cyril*, le titulaire d'une licence a vraisemblablement fait fabriquer les puces à des conditions qui garantiraient la réalisation d'un bénéfice sur le contrat de vente signé antérieurement avec le tiers, dans le cas qui nous occupe, le bénéfice que Novopharm est assurée de réaliser n'est pas fondé sur l'entente qu'elle a conclue avec son fournisseur, mais découle de la redevance garantie de quatre pour cent que doit verser Apotex. Cette distinction ne saurait à elle seule transformer l'accord d'approvisionnement en une sous-licence.

77 Because the supply agreement has not yet been implemented, the evidence certainly does not establish that this is a case where the unlicensed party is manufacturing the goods itself, as in *du Pont*. Consequently, I need not decide whether a sublicense would be granted in this hypothetical situation. Indeed, it has not been argued, and I cannot simply presume that the supply agreement has been or is intended to be carried out in this manner. Moreover, I note again that the supply agreement expressly provides, in paragraph 6, that the licensed party must comply with the terms of the licence, which, *inter alia*, precludes it from granting sublicences. Therefore, while it is theoretically possible that this arrangement could someday be implemented in a way that would result in the grant of a sublicense, it must be presumed for the present purposes that, if the agreement is ever actually acted upon, the parties will act in accordance with the law.

Comme l'accord d'approvisionnement n'a pas encore été exécuté, la preuve n'établit certainement pas qu'il s'agit d'un cas où la partie non titulaire d'une licence fabrique elle-même les marchandises, comme dans *du Pont*. En conséquence, je n'ai pas à décider si une sous-licence serait accordée dans cette situation hypothétique. En réalité, on n'a pas fait valoir, et je ne saurais simplement présumer, que l'accord d'approvisionnement a été ou est destiné à être exécuté de cette manière. De plus, je souligne encore une fois que cet accord prévoit expressément, à l'article 6, que la partie titulaire d'une licence doit se conformer aux conditions de la licence, qui lui interdisent notamment d'accorder des sous-licences. Par conséquent, s'il est théoriquement possible que cette entente soit un jour exécutée d'une manière qui entraînerait l'attribution d'une sous-licence, il faut présumer, pour les présentes fins, que, si l'accord est jamais exécuté, les parties agiront conformément à la loi.

78 Pursuant to the terms of the contract as it stands, Apotex is simply permitted to direct Novopharm to the third party manufacturer which it favours and with whom it has negotiated terms, which would

Aux termes du contrat tel que rédigé, Apotex est simplement autorisée à guider Novopharm vers le tiers fabricant qu'elle préfère et avec qui elle a négocié des conditions, obligeant ainsi Novopharm

then oblige Novopharm to deal with that manufacturer and acquire the patented medicine on the terms negotiated. Despite this considerable degree of control by Apotex, it remains the case that separate entities are involved, that Apotex is in no way ultimately responsible for the supply of the goods that Novopharm will eventually sell to it, and that a legitimate and *de facto* transfer of property must occur between Novopharm and the third party before any proprietary rights can be acquired by Apotex. Therefore, only if Apotex's designation of a preferred source or manufacturer would necessarily render it a sublicensee of Novopharm would the agreement between the two companies amount to a breach of the terms of the compulsory licence. Since it is possible for Apotex to exercise this contractual right without the benefit of licensed rights transferred to it by Novopharm, it would be incorrect to say that the supply agreement necessarily infringes the licence.

As I have already made clear, Apotex enjoys no rights of its own under the licence as a consequence of the supply agreement with Novopharm, regardless of the parties' apparent intention to "share their rights". At bottom, the agreement amounts to nothing more than an agreement to agree, a mutual obligation for the parties to enter into future contractual arrangements with one another. Neither the text of the agreement nor the manner in which the parties purported to implement it supports the conclusion that it is in substance a sublicense.

(4) The Agency Argument

In the alternative, Eli Lilly submitted that the supply agreement ought to be interpreted as a sublicense because the degree of control likely to be exercised by Apotex over the acquisition of nizatidine would result in a situation where Novopharm in reality would be acting as Apotex's agent. Novopharm would not be acting on its own behalf in the acquisition but rather on behalf of Apotex, which would imply that Apotex has acquired licensed rights from Novopharm. As a variation on this theme, it is suggested that Novopharm would in effect be unlicensed to make

à traiter avec ce fabricant et à acquérir le médicament breveté aux conditions négociées. Malgré l'importance du contrôle exercé par Apotex, il n'en reste pas moins que des entités distinctes sont en cause, qu'Apotex n'est aucunement responsable, en fin de compte, de la fourniture des marchandises que Novopharm lui vendra éventuellement et qu'une cession de biens légitime et de fait doit survenir entre Novopharm et le tiers pour qu'Apotex puisse acquérir des droits de propriété. Par conséquent, c'est seulement si la désignation par Apotex d'une source ou d'un fabricant qu'elle préfère en faisait nécessairement la titulaire d'une sous-licence accordée par Novopharm, que l'accord entre les deux sociétés violerait les conditions de la licence obligatoire. Étant donné qu'Apotex peut exercer ce droit contractuel sans jouir des droits conférés par une licence qui lui seraient cédés par Novopharm, il serait inexact de dire que l'accord d'approvisionnement viole nécessairement la licence.

Comme je l'ai déjà précisé, l'accord d'approvisionnement conclu avec Novopharm ne confère à Apotex aucun droit qui lui soit propre en vertu de la licence, peu importe l'intention apparente des parties de «partager leurs droits». Au fond, l'accord n'est rien de plus qu'un engagement à conclure un accord, une obligation mutuelle des parties à conclure, à l'avenir, des contrats entre elles. Ni le texte de l'accord ni la manière dont les parties étaient censées l'exécuter ne justifient de conclure qu'il constitue essentiellement une sous-licence.

(4) L'argument du mandat

Subsidiairement, Eli Lilly a soutenu que l'accord d'approvisionnement devait être considéré comme une sous-licence parce que le contrôle qu'Apotex exercerait vraisemblablement sur l'acquisition de nizatidine ferait en sorte que Novopharm se trouverait, en réalité, à agir en qualité de mandataire d'Apotex. En procédant à cette acquisition, Novopharm agirait non pas pour son propre compte mais pour celui d'Apotex, ce qui impliquerait que cette dernière aurait obtenu de Novopharm des droits conférés par une licence. Dans le même ordre d'idées, on affirme que, en réalité, Novo-

79

80

these acquisitions because it would be standing in the shoes of Apotex, an unlicensed entity. The latter submission, then, stands as an alternative to the sublicence argument, and remains even if the supply agreement is not considered a sublicence.

81 To my mind, both forms of this argument must fail, for one very simple reason. It is abundantly clear that, under the supply agreement, any contractual relations that might be established for the purchase of nizatidine would be between Novopharm and the third-party supplier. Apotex would not be a party to the contract; Novopharm would not be entering into the contract "on behalf of" Apotex in any sense. The notion of an agent's entering into contractual relations with the third party is inimical to the entire concept of agency, which contemplates the agent's binding the principal, not itself, to contractual relations and obligations. The completion of a contract between Novopharm and a third-party supplier would prevent the formation of an agency relationship because, even if contemplated, such a relationship could not be embodied by a transaction which resulted in the completion of a contract between the third party and the agent rather than the principal.

(5) Conclusion as to the Nature of the Supply Agreement

82 The arrangement entered into by Apotex and Novopharm is not a sublicence. Regardless of the level of control that might be exercised by Apotex over arranging and facilitating the acquisition of licensed materials for its own benefit, no actual acquisition is itself possible without the involvement of Novopharm. The agreement does not grant Apotex the right to do independently of Novopharm anything which only Novopharm is licensed to do, nor does it purport or disclose any contractual intent to do so. In other words, no licensed rights are transferred by Novopharm to Apotex. Thus, the substance of the arrangement, while perhaps resulting in an unconventional commercial situation, is ultimately inconsistent with the grant of a sublicence. To the extent that the

pharm ne serait pas autorisée à faire ces acquisitions parce qu'elle se trouverait à prendre la place d'Apotex qui n'est pas titulaire d'une licence. Le dernier argument est donc un argument subsidiaire par rapport à l'argument de la sous-licence et il subsiste même si l'accord d'approvisionnement n'est pas considéré comme une sous-licence.

À mon sens, cet argument doit être rejeté sous ses deux formes, pour une raison très simple. Il est tout à fait clair qu'aux termes de l'accord d'approvisionnement tout rapport contractuel qui pourrait être établi pour l'achat de nizatidine serait entre Novopharm et le tiers fournisseur. Apotex ne serait pas partie au contrat; Novopharm ne conclurait pas le contrat «pour le compte» d'Apotex de quelque manière que ce soit. L'idée qu'un mandataire établisse un rapport contractuel avec le tiers va à l'encontre du concept même de mandat, qui suppose que le mandataire lie le mandant et ne se lie pas lui-même par des rapports et des obligations contractuels. La signature d'un contrat entre Novopharm et un tiers fournisseur empêcherait la formation d'un rapport mandant-mandataire parce que, même si un tel rapport était envisagé, il ne pourrait pas être réalisé par une opération aboutissant à un contrat entre le tiers et le mandataire plutôt que le mandant.

(5) Conclusion sur la nature de l'accord d'approvisionnement

L'entente conclue entre Apotex et Novopharm n'est pas une sous-licence. Peu importe l'importance du contrôle qu'Apotex pourrait exercer sur les mesures prises pour organiser et faciliter l'acquisition à son propre profit des substances autorisées, aucune acquisition réelle n'est possible sans la participation de Novopharm. L'accord ne confère pas à Apotex le droit de faire indépendamment de Novopharm quelque chose que seule Novopharm est autorisée à faire, et il n'implique pas ou ne traduit pas l'intention des parties contractantes de conférer un tel droit. Autrement dit, Novopharm ne cède à Apotex aucun droit conféré par sa licence. Ainsi, bien qu'il en résulte peut-être une situation peu conventionnelle sur le plan commercial, l'entente est, en fin de compte, essentielle-

Federal Court of Appeal held otherwise, it was, with respect, in error.

That is not to say, however, that it would be impossible to implement the agreement in such a manner as to create a sublicense. For example, while I need not decide this hypothetical issue, I would again observe that, if the domestic supplier from which Apotex directed Novopharm to obtain the nizatidine were found to be Apotex itself, the agreement would likely be seen as a sham, just as in *du Pont, supra*. Similarly, if Novopharm were to be less than vigilant in enforcing the terms of the agreement and permit Apotex to contract directly with a third party supplier for the purchase of nizatidine, this relaxation of terms might well be shown to result in the effective conferral of a sublicense. But these are hypotheticals, not our facts. Indeed, there can be no possible evidence in this case of the manner in which the agreement was implemented by the parties because, at the time of the hearing, it had not been implemented at all. On the other hand, if the agreement has subsequently been implemented so as to create a sublicense, or if it is so implemented in the future, it would certainly then be open to the patentee to move to terminate the compulsory licence or to seek whatever other relief might be appropriate under the *Patent Act* or otherwise. However, this has no bearing on the justification of the NOAs here at issue.

Accordingly, I would emphasize that the conclusions reached in this case should not be taken to characterize every supply agreement similar to the one here at issue as insulating the parties to it from any allegation of sublicensing. Rather, this decision is to be substantially confined to its facts: a case in which an agreement has been entered into between companies dealing at arm's length, which is not on its face a sublicense, and which had not been implemented at any time material to the litigation. Depending on the implementation of the agreement, the identities of the parties, or any number of other distinguishing factors, it is

ment incompatible avec l'attribution d'une sous-licence. Dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a conclu le contraire, elle a, en toute déférence, commis une erreur.

Cependant, cela ne signifie pas qu'il serait impossible d'exécuter l'accord de manière à créer une sous-licence. Par exemple, quoique je n'aie pas à trancher cette question hypothétique, je ferais observer une fois de plus que, si le fournisseur canadien auprès duquel Apotex a demandé à Novopharm de se procurer la nizatidine se trouvait à être Apotex elle-même, l'accord serait vraisemblablement considéré comme un subterfuge, tout comme dans l'affaire *du Pont*, précitée. De même, si Novopharm devait manquer de vigilance en exécutant l'accord et permettre à Apotex de contracter directement avec le tiers fournisseur pour acheter la nizatidine, il pourrait bien se révéler que cet assouplissement des conditions entraînerait en fait l'attribution d'une sous-licence. Mais ce sont là des hypothèses et non pas les faits dont nous sommes saisis. À vrai dire, la manière dont l'accord a été exécuté par les parties est absolument impossible à prouver en l'espèce, parce qu'à la date de l'audience il n'avait toujours pas été exécuté. En revanche, si l'accord a été exécuté par la suite de manière à créer une sous-licence, ou s'il l'est à l'avenir, il sera certainement loisible au breveté de demander l'annulation de la licence obligatoire ou tout autre redressement qui pourrait convenir en vertu de la *Loi sur les brevets* notamment. Toutefois, cela n'a rien à voir avec le caractère fondé des ADA en cause dans la présente affaire.

En conséquence, je soulignerais qu'il ne faudrait pas interpréter les conclusions tirées en l'espèce comme prévoyant que tout accord d'approvisionnement semblable à celui qui nous occupe protège les parties à cet accord contre toute allégation d'attribution d'une sous-licence. La présente décision doit plutôt être limitée pour l'essentiel à ses faits: une affaire dans laquelle un accord a été conclu entre deux sociétés sans lien de dépendance, qui, à première vue, n'est pas une sous-licence et qui n'avait pas été exécuté à quelque époque pertinente relativement au litige. Tout dépendant de l'exécution de l'accord, de l'identité des parties ou

entirely possible that a different result might be reached on the specific facts of another case.

B. *Other Issues in the Novopharm Appeal*

(1) Did the Federal Court of Appeal Err in Applying its Decision in *Apotex #1* to its Decision in *Novopharm*?

85 Novopharm submits that, even if the supply agreement were properly interpreted by the Federal Court of Appeal as conferring a sublicense upon Apotex, it nonetheless should not be considered a sublicense for the purposes of the *Novopharm* appeal. The reason advanced for this distinction is that nothing on the face of the agreement can be seen as constituting a sublicense, and, whereas the conclusion of the court in *Apotex #1* may have been premised in part on Dr. Sherman's evidence as to the manner in which Apotex expected the agreement to be implemented, no steps had actually been taken to implement the agreement. Thus, it is argued that, while it might have been open to the court to grant the requested prohibition order in *Apotex #1* if Dr. Sherman's proposed implementation would have resulted in the conferral of a sublicense, this evidence was not before the court in *Novopharm* and, in fact, was inconsistent with Mr. Dan's evidence as to his understanding of the agreement. To the extent that the Federal Court of Appeal failed to take into consideration this material evidentiary difference, it is suggested, this constituted an error of law.

86 It is certainly true that each case must be considered on its own facts, and I have already expressed the view that the implementation of the agreement in a certain way might well result, hypothetically, in the creation of a sublicense. As such, I agree that it would have been inappropriate for the Federal Court of Appeal to apply its decision in the first appeal to the second, whether as *res judicata* or otherwise, without considering any material factual differences which might have existed between the two cases. However, in light of my earlier conclusion as to the character of the supply agreement,

d'un certain nombre d'autres facteurs distinctifs, il se pourrait fort bien que les faits particuliers d'une autre affaire donnent lieu à un résultat différent.

B. *Autres questions en litige dans le pourvoi Novopharm*

(1) La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en appliquant son arrêt *Apotex n° 1* à l'affaire *Novopharm*?

Novopharm soutient que, même si la Cour d'appel fédérale avait eu raison d'interpréter l'accord d'approvisionnement comme attribuant une sous-licence à Apotex, cet accord ne devrait pas cependant être considéré comme une sous-licence aux fins du pourvoi *Novopharm*. On fait valoir, à l'appui de cette distinction, que l'accord ne peut pas être considéré, à première vue, comme une sous-licence et que, tandis que la conclusion de la cour dans *Apotex n° 1* peut avoir reposé en partie sur le témoignage de M. Sherman au sujet de la manière dont Apotex s'attendait à ce que l'accord soit exécuté, aucune mesure n'avait encore été prise pour l'exécuter. On soutient donc que, alors qu'il aurait pu être loisible à la cour d'accorder l'ordonnance d'interdiction demandée dans *Apotex n° 1* si l'exécution proposée par M. Sherman avait entraîné l'attribution d'une sous-licence, la cour ne disposait pas de ce témoignage dans *Novopharm* et, en fait, celui-ci était incompatible avec le témoignage de M. Dan quant à sa compréhension de l'accord. Dans la mesure où la Cour d'appel fédérale n'a pas tenu compte de cette différence majeure sur le plan de la preuve, cela, affirme-t-on, constitue une erreur de droit.

Il est sûrement vrai que chaque cas doit être examiné en fonction de ses propres faits, et j'ai déjà exprimé l'avis que l'exécution de l'accord d'une certaine manière pourrait bien entraîner hypothétiquement la création d'une sous-licence. Pour ce motif, je suis d'accord pour dire qu'il n'aurait pas convenu que la Cour d'appel fédérale applique au second pourvoi son arrêt dans le premier pourvoi, que ce soit à titre de chose jugée ou autrement, sans prendre en considération toute différence factuelle importante qui pouvait exister entre les deux affaires. Toutefois, vu ma conclusion antérieure sur

together with the fact that the agreement had not been implemented at the material time, it is not necessary to decide this issue. None of the parol evidence considered by the Federal Court of Appeal has had any bearing on the conclusions I have reached.

(2) Was Novopharm's Notice of Allegation Premature and Therefore not Justified?

Even the unequivocal conclusion as to the character of the supply agreement does not put the *Novopharm* matter to rest. Still to be determined is whether, as alleged by Eli Lilly, Novopharm's NOA was not justified regardless of whether its compulsory licence for nizatidine was successfully terminated.

Pursuant to s. 39.11(2)(c) of the *Patent Act*, Novopharm was prohibited from importing, under its compulsory licence, medicine in respect of which a previous NOC had been granted after June 27, 1986, until 10 years after the date of the issuance of that NOC. While this section was repealed by the *Patent Act Amendment Act, 1992*, s. 11(1) of that Act provides that licences granted under the former s. 39 prior to December 20, 1991, continue in effect according to their terms, and ss. 39 to 39.14 of the former Act continue to apply to such licences as if those sections had not been repealed.

A NOC in respect of nizatidine was granted to Eli Lilly Canada on December 31, 1987. Accordingly, it is submitted by Eli Lilly that Novopharm's NOA, which was issued on July 30, 1993, could not have been justified before December 31, 1997, the first date on which it would have been entitled, under its compulsory licence, to import nizatidine. Thus, Eli Lilly argues that, even if no sublicense was granted and the termination of Novopharm's licence was not therefore justified, Novopharm would nonetheless have infringed Eli Lilly's patents if it had received a NOC for nizatidine, as it had no non-infringing way in which to obtain the bulk medicine.

la nature de l'accord d'approvisionnement et compte tenu du fait que cet accord n'avait pas été exécuté à l'époque pertinente, il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point. Aucun des éléments de preuve extrinsèque examinés par la Cour d'appel fédérale n'a eu quelque influence que ce soit sur les conclusions que j'ai tirées.

(2) L'avis d'allégation de Novopharm était-il prématuré et donc non fondé?

Même la conclusion sans équivoque sur la nature de l'accord d'approvisionnement ne met pas fin à l'affaire *Novopharm*. Il reste à décider si, comme l'allègue Eli Lilly, l'ADA de Novopharm n'était pas fondé indépendamment de la question de savoir si on avait réussi à annuler sa licence obligatoire pour la nizatidine.

Selon l'al. 39.11(2)c) de la *Loi sur les brevets*, il était interdit à Novopharm d'importer, en vertu de sa licence obligatoire, un médicament à l'égard duquel un ADC avait été délivré après le 27 juin 1986, jusqu'à l'expiration d'un délai de 10 ans après la date de délivrance de cet ADC. Bien que cette disposition ait été abrogée par la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, le par. 11(1) de cette loi prévoit que les licences accordées en vertu de l'ancien art. 39, avant le 20 décembre 1991, restent valides dans les limites de leurs conditions, et que les art. 39 à 39.14 de la loi antérieure s'appliquent à elles comme s'ils n'avaient pas été abrogés.

Un ADC relatif à la nizatidine a été délivré à Eli Lilly Canada le 31 décembre 1987. En conséquence, Eli Lilly soutient que l'ADA de Novopharm qui a été déposé le 30 juillet 1993 n'aurait pas pu être fondé avant le 31 décembre 1997, la première date à laquelle elle aurait eu le droit, en vertu de sa licence obligatoire, d'importer de la nizatidine. Eli Lilly fait donc valoir que, même si aucune sous-licence n'a été accordée et que l'annulation de la licence de Novopharm n'était donc pas fondée, Novopharm aurait néanmoins violé les brevets d'Eli Lilly si elle avait reçu un ADC à l'égard de la nizatidine, car elle ne disposait d'aucun moyen n'emportant pas contrefaçon d'obtenir le médicament en vrac.

87

88

89

90 However, this submission appears to ignore the fact that Novopharm's NOA does not seem to disclose any specific intention to import the nizatidine. Rather, the request was for a NOC to make, construct, use, and/or sell nizatidine in 150 mg and 300 mg capsules. No mention was made of how Novopharm proposed to obtain the bulk medicine, and no evidence was led to suggest that it was to be imported. Indeed, while Mr. Dan acknowledged in his written answers to undertakings on cross-examination that, at the time of the hearing, Novopharm's suppliers were located outside of Canada, he also indicated that Novopharm was aware of the prohibition against its importing nizatidine before December 31, 1997, and intended to abide by the relevant provisions of the *Patent Act*. Further, he indicated that Novopharm might locate a Canadian supplier between December 31, 1994, and December 31, 1997, and expressly disavowed any intention to import nizatidine prior to the latter date.

91 Pursuant to s. 39.14 of the *Patent Act*, Novopharm was entitled to use the patented invention for the preparation or production of medicine — that is, to manufacture the medicine itself or through Canadian agents — after the expiration of seven years after the date of the issue of the first NOC to Eli Lilly Canada. This seven-year period expired on December 31, 1994, and while Novopharm served its NOA on Eli Lilly Canada on July 30, 1993, the application was not heard until January 30, 1995. Thus, as of the date of hearing, Novopharm was entitled to manufacture or have made the drug for its own use, for sale for consumption in Canada.

92 In *Apotex #2, supra*, the companion to the instant appeals, I have held that the appropriate date for assessment of a NOA, where a prohibition order is sought by a patentee, is the date of hearing and not the date on which the NOA was issued. Accordingly, I cannot conclude that Novopharm's NOA was premature and therefore not justified. As

Toutefois, cet argument ne tient apparemment pas compte du fait que l'ADA de Novopharm ne semble pas révéler l'intention précise d'importer de la nizatidine. Il s'agit plutôt d'une demande d'ADC pour la fabrication, l'exécution, l'utilisation ou la vente de gélules de 150 mg et de 300 mg de nizatidine. Il n'y est pas fait état de la manière dont Novopharm se propose d'obtenir le médicament en vrac et on n'a produit aucun élément de preuve laissant entendre qu'il devrait être importé. En fait, quoique M. Dan ait reconnu, dans ses réponses écrites à des engagements en contre-interrogatoire, qu'au moment de l'audition les fournisseurs de Novopharm étaient à l'étranger, il a aussi indiqué que Novopharm savait qu'il lui était interdit d'importer de la nizatidine avant le 31 décembre 1997 et qu'elle avait l'intention de respecter les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*. En outre, il a indiqué que Novopharm pourrait trouver un fournisseur canadien entre le 31 décembre 1994 et le 31 décembre 1997, et il a expressément nié toute intention d'importer de la nizatidine avant cette dernière date.

Selon l'art. 39.14 de la *Loi sur les brevets*, Novopharm avait le droit d'utiliser l'invention brevetée pour préparer ou produire un médicament — c'est-à-dire pour fabriquer le médicament elle-même ou par l'intermédiaire de mandataires canadiens — à l'expiration des sept années suivant la date de délivrance du premier ADC à Eli Lilly Canada. Ce délai de sept ans a expiré le 31 décembre 1994 et, bien que Novopharm ait signifié son ADA à Eli Lilly Canada le 30 juillet 1993, la demande n'a été entendue que le 30 janvier 1995. Par conséquent, Novopharm avait, à la date de l'audition, le droit de fabriquer ou de faire fabriquer le médicament pour son propre usage, dans le but de le vendre à des fins de consommation au Canada.

Dans *Apotex n° 2*, précité, l'affaire connexe aux présents pourvois, j'ai décidé que la date appropriée pour évaluer un ADA, lorsqu'une ordonnance d'interdiction est demandée par le breveté, est celle de l'audition et non celle du dépôt de l'ADA. En conséquence, je ne puis conclure que l'ADA de Novopharm était prématuré et donc non

of the date of hearing, it did indeed have a non-infringing way to obtain bulk nizatidine, and, in the absence of evidence to the contrary, I presume that its intention was, as Mr. Dan asserted, to operate within the restrictions of the *Patent Act* by obtaining the medicine either from a Canadian supplier or not at all.

(3) Jurisdiction to Grant Declaratory Relief

The final issue to be determined with respect to the *Novopharm* appeal is whether this Court has the jurisdiction, on a summary judicial review proceeding concerning an application for a prohibition order against the issuance of a NOC, to grant declaratory relief. Specifically, Novopharm asks that this Court declare: (1) that Eli Lilly has failed to show that the notice of allegation was not justified; (2) that Eli Lilly has failed to show that it was entitled to terminate the compulsory licence; and (3) that the supply agreement does not constitute a sublicense or a transfer of the compulsory licence from Novopharm to Apotex.

In my view, the first two requests are unnecessary. The finding that the supply agreement was not a sublicense necessarily leads to the conclusion, at least for the purposes of this appeal, that Eli Lilly was not entitled to terminate Novopharm's compulsory licence. Indeed, no other breach was alleged, such as to trigger paragraph 9 of the licence. Similarly, this finding, in combination with the finding that Novopharm's NOA was not premature, leads to the conclusion that Eli Lilly has failed to show that the NOA was not justified. I can see no reason to grant what would be superfluous declaratory relief on these issues, when all that is necessary is to determine whether or not the Federal Court of Appeal erred by granting the prohibition orders as requested.

As for the third request, I am of the view that it would be inappropriate for this Court to grant the requested relief in light of the nature of these proceedings. As McGillis J. correctly observed, the

fondé. À la date de l'audition, elle disposait en réalité d'un moyen n'emportant pas contrefaçon d'obtenir de la nizatidine en vrac et, en l'absence de preuve contraire, je présume qu'elle avait l'intention, comme l'a affirmé M. Dan, de respecter les restrictions de la *Loi sur les brevets* en se procurant exclusivement le médicament chez un fournisseur canadien.

(3) Compétence pour accorder un jugement déclaratoire

La dernière question qui doit être tranchée en ce qui concerne le pourvoi *Novopharm* est de savoir si, dans le cadre d'une procédure sommaire de contrôle judiciaire relative à une demande d'ordonnance interdisant la délivrance d'un ADC, notre Cour a compétence pour accorder un jugement déclaratoire. Plus précisément, Novopharm demande à notre Cour de déclarer (1) qu'Eli Lilly n'a pas démontré que l'avis d'allégation n'était pas fondé, (2) qu'Eli Lilly n'a pas démontré qu'elle avait le droit d'annuler la licence obligatoire, et (3) que l'accord d'approvisionnement ne constitue ni une sous-licence ni une cession de la licence obligatoire de Novopharm à Apotex.

À mon avis, les deux premières demandes sont inutiles. La conclusion que l'accord d'approvisionnement n'était pas une sous-licence nous amène nécessairement à conclure, du moins pour les fins du présent pourvoi, qu'Eli Lilly n'avait pas le droit d'annuler la licence obligatoire de Novopharm. En fait, on n'a allégué l'existence d'aucune autre violation susceptible de déclencher l'application de l'article 9 de la licence. De même, cette conclusion, conjuguée à celle que l'ADA de Novopharm n'était pas prématuré, amène à conclure qu'Eli Lilly n'a pas démontré que l'ADA n'était pas fondé. Je ne vois aucune raison d'accorder ce qui serait un jugement déclaratoire superflu à l'égard de ces questions, quand il suffit de décider si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en rendant les ordonnances d'interdiction demandées.

Quant à la troisième demande, j'estime qu'il ne conviendrait pas que notre Cour accorde le redressement demandé étant donné la nature des présentes procédures. Comme le juge McGillis l'a fait

93

94

95

summary judicial review that is to be conducted on an application for a prohibition order under the Regulations is highly fact-specific and is generally considered to be binding only on the parties in the specific litigation. This is only appropriate, given the limited nature of the proceedings, the question that is to be answered, and the record generated for this limited purpose. In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at pp. 319-20, Hugessen J.A. made this point in the following terms, with which I agree:

In determining whether or not the allegations are “justified” (s. 6(2)), the court must then decide whether, on the basis of such facts as have been assumed or proven, the allegations would give rise in law to the conclusion that the patent would not be infringed by the respondent.

In this connection, it may be noted that, while s. 7(2)(b) seems to envisage the court making a declaration of invalidity or non-infringement, it is clear to me that such declaration could not be given in the course of the s. 6 proceedings themselves. Those proceedings, after all, are instituted by the patentee and seek a prohibition against the Minister; since they take the form of a summary application for judicial review, it is impossible to conceive of them giving rise to a counterclaim by the respondent seeking such a declaration. Patent invalidity, like patent infringement, cannot be litigated in this kind of proceeding. [Emphasis added.]

96

This point was reinforced more recently by Strayer J.A. in *David Bull Laboratories, supra*, at p. 600:

If the Governor in Council had intended by these Regulations to provide for a final determination of the issues of validity or infringement, a determination which would be binding on all private parties and preclude future litigation of the same issues, it surely would have said so. This Court is not prepared to accept that patentees and generic companies alike have been forced to make their sole assertion of their private rights through the summary procedure of a judicial review application. As the Regulations direct that such issues as may be adjudicated at this time must be addressed through such a process, this is a fairly clear indication that these issues must be of a limited or preliminary

observer à juste titre, le contrôle judiciaire sommaire auquel donne lieu une demande d'ordonnance d'interdiction fondée sur le Règlement dépend énormément des faits de l'espèce et est généralement considéré comme ne liant que les parties au litige. Cela est seulement indiqué vu la nature limitée des procédures, la question à trancher et le dossier constitué à cette fin limitée. Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), aux pp. 319 et 320, le juge Hugessen a fait la remarque suivante, à laquelle je souscris:

Pour décider si les allégations sont «fondées» (paragraphe 6(2)), la Cour doit examiner si, à la lumière de ces faits tels qu'ils sont présumés ou prouvés, ces allégations engageraient en droit à conclure que le brevet ne serait pas contrefait par la partie intimée.

À ce sujet, il y a lieu de noter que si l'alinéa 7(2)(b) semble prévoir que la Cour rend un jugement déclarant que le brevet n'est pas valide ou qu'il n'est pas contrefait, il ne fait aucun doute que ce jugement déclaratoire ne peut être rendu dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 6 elle-même. Cette procédure est après tout engagée par le breveté pour demander une interdiction contre le ministre; puisqu'elle revêt la forme d'un recours sommaire en contrôle judiciaire, il est impossible de concevoir qu'elle puisse donner lieu à une demande reconventionnelle de la part de l'intimé en vue de pareil jugement déclaratoire. L'invalidité de brevet, tout comme la contrefaçon de brevet, n'est pas une question relevant d'une procédure de ce genre. [Je souligne.]

Cette remarque a été renforcée plus récemment par le juge Strayer dans l'arrêt *David Bull Laboratories*, précité, à la p. 600:

Si, en prenant ce Règlement, le gouverneur en conseil avait eu l'intention de prévoir le prononcé d'une décision définitive sur la validité et la contrefaçon d'un brevet, qui lierait toutes les parties privées et empêcherait tout litige ultérieur visant les mêmes questions, il l'aurait sûrement exprimée. Le tribunal n'est pas disposé à accepter l'hypothèse voulant que les brevetés et les sociétés génériques soient forcés de faire valoir leurs droits privés uniquement au moyen de la procédure sommaire de demande de contrôle judiciaire. Étant donné que le Règlement dispose que les questions qui peuvent être tranchées à cette étape seront examinées dans le cadre d'une telle procédure, il est donc assez

nature. If a full trial of validity or infringement issues is required this can be obtained in the usual way by commencing an action. [Emphasis added.]

While the relief requested of the Federal Court of Appeal in these cases touched on issues pertaining to the infringement and/or invalidity of the actual patents, not the effect of an external agreement, I believe that the reasoning involved is also applicable to the *Novopharm* appeal. The nature of the inquiry on this judicial review proceeding requires only a determination as to whether or not the NOA was justified in the circumstances of this case. While this necessarily entails a decision as to whether, in these particular circumstances, the supply agreement constituted a sublicense and thus justified the termination of the licence, this is not to be taken as a final decision on the nature of the agreement for all purposes. For this Court to make a binding declaration concerning the private rights and obligations of the parties to the agreement would go well beyond the limited scope of the proceeding. Accordingly, I would deny the declaratory relief requested by *Novopharm*.

C. Other Issues in the *Apotex #1* Appeal

- (1) Would the Reformulation of Nizatidine by Apotex into Final-dosage Form Infringe the Patent Held by Eli Lilly?

Even assuming that the supply agreement did not constitute a sublicense, that *Novopharm*'s licence remains in force, and that *Apotex* is therefore able to purchase bulk nizatidine under the supply agreement as a third-party purchaser, the possibility remains that the use to which *Apotex* proposes, in its NOA, to put the drug would infringe *Eli Lilly*'s patent. In this vein, *Eli Lilly* submits that the Federal Court of Appeal erred in holding that the formulation of final-dosage capsules by *Apotex* would not infringe the patent. Specifically, it is submitted that the rights of use and sale that are inherent in the unrestricted

clair que ces questions sont obligatoirement de nature limitée ou préliminaire. Si l'instruction complète des questions de validité et de contrefaçon est nécessaire, on peut procéder de la façon habituelle en intentant une action. [Je souligne.]

Même si le redressement demandé à la Cour d'appel fédérale dans ces affaires concernait des questions touchant la violation ou l'invalidité des brevets eux-mêmes, et non pas l'effet d'un accord externe, je crois que le raisonnement adopté est aussi applicable au pourvoi *Novopharm*. La nature de l'examen relatif à la présente procédure de contrôle judiciaire exige seulement de décider si l'ADA était fondé dans les circonstances de la présente affaire. Bien que pour répondre à cette question il faille nécessairement décider si, dans ces circonstances particulières, l'accord d'approvisionnement constituait une sous-licence et justifiait donc l'annulation de la licence, ce ne doit pas être interprété comme une décision définitive sur la nature de l'accord à toutes fins. En rendant un jugement déclaratoire sur les droits et les obligations privés des parties à l'accord, notre Cour irait bien au-delà de la portée limitée de la procédure. En conséquence, je suis d'avis de refuser le jugement déclaratoire demandé par *Novopharm*.

C. Autres questions en litige dans le pourvoi *Apotex n° 1*

- (1) La préparation par Apotex de la nizatidine sous forme posologique définitive violerait-elle le brevet d'Eli Lilly?

Même en supposant que l'accord d'approvisionnement ne constituait pas une sous-licence, que la licence de *Novopharm* est toujours valide et qu'*Apotex* peut donc acheter de la nizatidine en vrac, en vertu de l'accord d'approvisionnement, à titre de tiers acquéreur, il demeure possible que l'utilisation qu'*Apotex* propose, dans son ADA, de faire du médicament viole le brevet d'*Eli Lilly*. Dans la même veine, *Eli Lilly* soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en décidant que la préparation par *Apotex* des gélules sous forme posologique définitive ne violerait pas le brevet. Plus précisément, on fait valoir que les

purchase of a licensed article do not permit the making of a new article.

99

In the Federal Court of Appeal, Pratte J.A., with whom the majority agreed on this point, disposed of this argument in the following concise and useful passage, at p. 343 with which I agree:

If a patentee makes a patented article, he has, in addition to his monopoly, the ownership of that article. And the ownership of a thing involves, as everybody knows, "the right to possess and use the thing, the right to its produce and accession, and the right to destroy, encumber or alienate it". . . . If the patentee sells the patented article that he made, he transfers the ownership of that article to the purchaser. This means that, henceforth, the patentee no longer has any right with respect to the article which now belongs to the purchaser who, as the new owner, has the exclusive right to possess, use, enjoy, destroy or alienate it. It follows that, by selling the patented article that he made, the patentee impliedly renounces, with respect to that article, to [sic] his exclusive right under the patent of using and selling the invention. After the sale, therefore, the purchaser may do what he likes with the patented article without fear of infringing his vendor's patent.

The same principles obviously apply when a patented article is sold by a licensee who, under his licence, is authorized to sell without restrictions. It follows that, if Apotex were to purchase bulk Nizatidine manufactured or imported by Novopharm under its licence, Apotex could, without infringing Lilly's patents, make capsules from that substance or use it in any other possible way. [Emphasis added.]

100

Perhaps the principles underlying this well-founded statement of the law merit some brief elaboration at this stage. As I have already noted in connection with the distinction between a sub-licence and an ordinary agreement of purchase and sale of a patented or licensed article, the sale of a patented article is presumed to give the purchaser the right "to use or sell or deal with the goods as the purchaser pleases": see *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler, supra*, at p. 610. Unless otherwise stipulated in the licence to sell a patented

droits d'utilisation et de vente inhérents à l'achat sans restriction d'un article autorisé ne permettent pas de fabriquer un nouvel article.

Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, avec l'appui de la majorité sur ce point, a répondu, à la p. 343, à cet argument dans le passage concis et utile ci-après, auquel je souscris:

Si le titulaire d'un brevet fabrique un objet breveté, il a, outre ce monopole, la propriété de cet article. Et la propriété d'une chose implique, comme chacun sait, [TRADUCTION] «le droit de posséder la chose et de l'utiliser, le droit de jouir des produits et des accessoires de la chose, ainsi que le droit de la détruire, de la grever ou de l'aliéner» [. . .] Si le titulaire du brevet vend l'objet breveté qu'il a fabriqué, il cède à l'acheteur le droit de propriété relatif à cet article. Cela signifie qu'à partir de ce moment, le titulaire du brevet ne jouit plus d'un droit quelconque à l'égard de l'objet qui appartient maintenant à l'acheteur, lequel, à titre de nouveau propriétaire, jouit du droit exclusif de posséder cet objet, de l'utiliser, d'en jouir, de le détruire ou de l'aliéner. Il s'ensuit qu'en vendant l'objet breveté qu'il a fabriqué, le titulaire du brevet renonce implicitement, pour ce qui est de cet objet, au droit exclusif qu'il possède d'utiliser et de vendre l'invention en vertu du brevet. Par conséquent, après la vente, l'acheteur peut faire ce qu'il veut de l'objet breveté sans craindre de contrefaire le brevet de son vendeur.

Les mêmes principes s'appliquent manifestement lorsqu'un article breveté est vendu à un titulaire de licence qui, en vertu de cette dernière, est autorisé à vendre sans restriction. Il s'ensuit que si Apotex devait acheter de la nizatidine en vrac fabriquée ou importée par Novopharm en vertu de sa licence, Apotex pourrait, sans contrefaire les brevets de Lilly, fabriquer des gélules à partir de cette substance ou l'utiliser de toute autre manière possible. [Je souligne.]

Peut-être convient-il d'expliquer brièvement les principes qui sous-tendent cet énoncé légitime du droit. Comme je l'ai déjà fait remarquer au sujet de la distinction entre une sous-licence et un contrat de vente ordinaire d'un article breveté ou autorisé, la vente d'un article breveté est présumée conférer à l'acheteur le droit [TRADUCTION] «d'utiliser, de vendre ou d'aliéner les marchandises à son gré»: voir *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Isler*, précité, à la p. 610. Sauf stipulation contraire de la licence autorisant la vente d'un article breveté, le

article, the licensee is thus able to pass to purchasers the right to use or resell the article without fear of infringing the patent. Further, any limitation imposed upon a licensee which is intended to affect the rights of subsequent purchasers must be clearly and unambiguously expressed; restrictive conditions imposed by a patentee on a purchaser or licensee do not run with the goods unless they are brought to the attention of the purchaser at the time of their acquisition: see *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.).

Therefore, it is clear that, in the absence of express conditions to the contrary, a purchaser of a licensed article is entitled to deal with the article as he sees fit, so long as such dealings do not infringe the rights conferred by the patent. On this score, Eli Lilly alleges that the reformulation of nizatidine would in this case exceed the scope of the rights obtained by the purchaser because it would constitute not simply the resale of the material purchased, but rather, the creation of a new article in violation of Eli Lilly's patent. However, I can find no basis, either in the evidence or in the case law cited by Eli Lilly, for this submission. In my view, the reformulation of nizatidine into final-dosage form does not have the effect of creating a new article. Rather, it is more akin to repackaging the substance into a commercially usable form, which I do not view as violating any rights under the patents.

No specific evidence was led in the instant appeal concerning the nature of the process by which bulk medicine is reformulated into final-dosage form. However, in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, *supra*, at p. 155, MacKay J. offered a useful summary of the process. While it is possible that the process employed in the reformulation of nizatidine may differ slightly from the reformulation of the medicine at issue in that case, namely enalapril maleate, the gist of MacKay J.'s description is nonetheless apposite: the basic patented compound at issue, that is, the bulk medicine produced by the patentee or licensee, remains unchanged through-

titulaire de cette licence est ainsi en mesure de céder aux acheteurs le droit d'utiliser ou de revendre l'article en cause sans crainte de violer le brevet. En outre, toute restriction imposée au titulaire d'une licence, qui est destinée à toucher les droits des acheteurs subséquents, doit être exprimée clairement et sans équivoque; les conditions restrictives imposées par un breveté à un acheteur ou au titulaire d'une licence ne sont pas rattachées aux marchandises sauf si elles sont portées à l'attention de l'acheteur au moment de l'acquisition de ces dernières: voir *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. c. Menck*, [1911] A.C. 336 (C.P.).

Par conséquent, il est clair que, en l'absence de conditions contraires expresses, l'acheteur d'un article autorisé a le droit d'en disposer à son gré pourvu que, ce faisant, il ne viole pas les droits conférés par le brevet. À cet égard, Eli Lilly allègue qu'en l'espèce la préparation de la nizatidine sous une autre forme irait au-delà de la portée des droits obtenus par l'acheteur parce qu'elle reviendrait non pas simplement à revendre la substance achetée, mais plutôt à créer un nouvel article contrairement au brevet qu'elle détient. Toutefois, j'estime que cet argument n'est justifié ni par la preuve, ni par la jurisprudence citée par Eli Lilly. À mon avis, la préparation de la nizatidine sous forme posologique définitive n'a pas pour effet de créer un nouvel article. Elle s'apparente plutôt davantage à un nouveau conditionnement de la substance sous une forme commercialement utilisable, ce qui, à mon sens, ne viole aucun droit conféré par les brevets.

Aucun élément de preuve particulier n'a été produit en l'espèce au sujet de la nature du procédé par lequel le médicament en vrac est préparé sous forme posologique définitive. Toutefois, dans l'affaire *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, précitée, à la p. 155, le juge MacKay a fait un résumé utile du procédé. Bien qu'il soit possible que le procédé employé pour préparer la nizatidine sous une autre forme diffère légèrement de celui utilisé pour la préparation sous une autre forme du médicament en cause dans cette affaire, à savoir le maléate d'énalapril, l'essentiel de la description qu'en a fait le juge MacKay est néanmoins pertinent: le com-

101

102

out the reformulation process. It exists in the same chemical form in the final-dosage product as in the bulk product. However, the two products are substantially different, in that the bulk form is essentially a powder without other form or shape, while the final-dosage form is a coloured tablet, consisting of the bulk medicine and other ingredients and shaped in a form associated with a particular dosage. Indeed, in the view of MacKay J., the process so described was such a significant transformation that the final-dosage form of enalapril maleate sold by Apotex was not protected by s. 56 of the *Patent Act*, which authorizes the use and sale of a "specific" patented article by a party who purchased, constructed, or acquired the article before the patent application became open to the inspection of the public. In other words, MacKay J. was unwilling to accept that the final-dosage form was the same "specific article" as the bulk enalapril maleate purchased by Apotex prior to the date on which Merck's patent application became open for inspection.

posé de base breveté en cause, c'est-à-dire le médicament en vrac produit par le breveté ou le titulaire d'une licence, reste inchangé pendant tout le processus de préparation sous une autre forme. Il existe, dans le produit sous forme posologique définitive, sous la même forme chimique que dans le produit en vrac. Toutefois, les deux produits sont fondamentalement différents du fait que le produit en vrac est essentiellement une poudre informe alors que, sous forme posologique définitive, il s'agit d'un comprimé coloré qui est composé du médicament en vrac et d'autres ingrédients et dont la forme correspond à un dosage donné. En fait, le juge MacKay a estimé que le procédé ainsi décrit représentait une transformation tellement importante que le maléate d'énalapril sous forme posologique définitive vendu par Apotex n'était pas protégé par l'art. 56 de la *Loi sur les brevets*, lequel permet l'utilisation et la vente de l'article «spécifique» breveté par la personne qui l'a acheté, exécuté ou acquis avant que la demande de brevet devienne accessible à l'inspection du public. Autrement dit, le juge MacKay n'était pas disposé à admettre que la forme posologique définitive était le même «article spécifique» que le maléate d'énalapril en vrac acheté par Apotex avant la date à laquelle la demande de brevet de Merck est devenue accessible à l'inspection.

103

However, this conclusion was rejected by the Federal Court of Appeal, in a judgment reported at [1995] 2 F.C. 723. At p. 738, MacGuigan J.A., writing for a unanimous court, expressed the view that "the right to use or sell the 'specific article, etc.' is independent of the form in which the invention is purchased: any form of the invention may be used or sold within the immunity conferred by s. 56" (emphasis in original). In so holding, MacGuigan J.A. relied on the following statement of Hall J. in *Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada, Ltd.*, [1970] S.C.R. 833, at p. 839, affirming the judgment of Thurlow J. (as he then was) in the court below (reported at [1969] 1 Ex. C.R. 529):

The question in this case is with respect to the extent of the meaning of "using" and it arises because with respect to "vending" the right of the owner of the spe-

Toutefois, cette conclusion a été rejetée par la Cour d'appel fédérale dans un arrêt publié à [1995] 2 C.F. 723. À la page 738, le juge MacGuigan a exprimé l'avis, au nom de la cour à l'unanimité, que «le droit d'utiliser ou de vendre l'«article» etc., ne dépend pas de la forme sous laquelle l'invention est achetée: l'invention sous toutes ses formes peut être utilisée ou vendue avec l'immunité conférée par l'article 56» (souligné dans l'original). En tirant cette conclusion, le juge MacGuigan s'est appuyé sur l'énoncé suivant du juge Hall dans *Libbey-Owens-Ford Glass Co. c. Ford Motor Co. of Canada, Ltd.*, [1970] R.C.S. 833, à la p. 839, confirmant le jugement du juge Thurlow (plus tard Juge en chef) (publié à [1969] 1 R.C. de l'É. 529):

Dans cette affaire, la question a trait à l'étendue du sens à donner au terme «utiliser», et elle se pose parce que, en ce qui a trait au terme «vendre», le droit du pro-

cific machine or other thing is expressed as that of vending it, not as that of vending its output. However, it is obvious that in the case of a machine designed for the production of goods, there would really be no worthwhile protection allowed by s. 58 [now s. 56] if the owner could not put it to the only use for which it is usable without being liable for infringement. [Emphasis added.]

Accordingly, MacGuigan J.A. concluded, at p. 741, that:

The use and sale of the product of a machine, particularly if production is the only possible use of the machine, is accorded protection under section 56 as a use of the machine itself. . . . In my view, use must be given the same sense in the case of a chemical invention. [Emphasis added.]

The *Merck & Co. v. Apotex Inc.* decision highlights the fact that there is really no commercial use for bulk medicine other than its reformulation into final-dosage form, for consumption by the ultimate consumer. In order to realize any utility from the acquisition, then, the purchaser must take steps to convert it into this commercially usable form. In my view, MacGuigan J.A.'s conclusion that the right to use and sell an article includes the right to use and sell things produced with the article, though reached in the specific context of a s. 56 defence, applies with equal force to the case at bar. That is, the right of use and sale which Apotex would acquire inherently, through its acquisition of nizatidine from Novopharm, must be seen as encompassing the right to use and sell things produced with this nizatidine, including capsules in final-dosage form. It follows, therefore, that Apotex would not infringe the patents held by Eli Lilly simply by selling the medicine in the form contemplated by the NOA. This is particularly so when, as in the case at bar, the exclusive rights enjoyed by the patentee under the patent are limited, in essence, to the formulation of bulk medicine according to the patented process. Noth-

priétaire de la machine spécifique, ou autre chose, est exprimé comme étant celui de la vendre, et non celui de vendre sa production. Cependant, dans le cas d'une machine conçue pour la production de biens, il est évident que l'art. 58 [56] n'accorderait vraiment aucune protection valable si le propriétaire ne pouvait en faire le seul usage auquel elle peut servir, sans se rendre coupable de contrefaçon. [Je souligne.]

En conséquence, le juge MacGuigan a conclu, à la p. 741:

L'utilisation et la vente du produit d'une machine, en particulier si la production est le seul usage possible auquel la machine peut servir, sont protégées par l'article 56 à titre d'utilisation de la machine elle-même. [. . .] À mon avis, il faut attribuer le même sens à l'utilisation dans le cas d'une invention chimique. [Je souligne.]

La décision *Merck & Co. c. Apotex Inc.* met en évidence le fait qu'il n'y a vraiment, pour le médicament en vrac, aucun autre usage commercial que sa préparation sous forme posologique définitive destinée au consommateur. Pour que son acquisition ait quelque utilité, l'acheteur doit donc prendre des mesures pour le transformer sous cette forme commercialement utilisable. À mon avis, la conclusion du juge MacGuigan selon laquelle le droit d'utiliser et de vendre un article inclut celui d'utiliser et de vendre les choses produites au moyen de cet article, quoiqu'elle ait été tirée dans le contexte particulier d'un moyen de défense fondé sur l'art. 56, s'applique avec la même vigueur dans le cas qui nous occupe. En d'autres termes, le droit d'utilisation et de vente qui est inhérent à l'acquisition par Apotex de la nizatidine de Novopharm doit être interprété comme englobant le droit d'utiliser et de vendre les choses produites au moyen de cette nizatidine, y compris les gélules sous forme posologique définitive. Il s'ensuit donc qu'Apotex ne violerait pas les brevets d'Eli Lilly simplement en vendant le médicament sous la forme envisagée par l'ADA. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les droits exclusifs conférés au breveté par le brevet sont limités essentiellement à la préparation du médicament en vrac suivant le procédé breveté. Le procédé de préparation sous une autre forme ne

ing in the reformulation process can be seen as infringing upon this right.

106 Any doubt as to this conclusion of non-infringement must, in my view, be eliminated by an examination of Novopharm's compulsory licence, which specifically contemplates the sale of the licensed material in bulk form by providing a formula for calculating royalties on product thus sold. As I see it, because there is no other practical use for bulk medicine, this must also be taken to contemplate and implicitly permit the reformulation of the product by the purchaser into final-dosage form. This conclusion is only reinforced, in my view, by the fact that the contemplated royalty rates are based on the amounts received by subsequent purchasers in consideration of the sale of final-dosage forms to the retail trade. Had the Commissioner of Patents intended to restrain such use of the medication, he would have provided for this expressly, or, at least, would not have specifically delineated the procedure that is to compensate the patentee for such use.

107 Therefore, Eli Lilly is incorrect to assert that the reformulation proposed by Apotex would either have to be carried out pursuant to a sublicense granted by Novopharm, which would justify the termination of Novopharm's compulsory licence and, therefore, the sublicense, or would be entirely unauthorized and infringe Eli Lilly's patents. The better view, as I have stated, is that the right to reformulate is premised on the inherent right of an owner of property to deal with that property as he or she sees fit. In the absence of some express term in the compulsory licence, prohibiting purchasers of bulk nizatidine from Novopharm from reformulating it into final-dosage form, the weight of the case law supports the view that Apotex, having validly acquired the bulk medicine, would be free to reformulate it for resale without fear of infringing any right under Eli Lilly's patents.

108 I would emphasize, however, that this conclusion is in no way premised upon, and should not be

peut aucunement être considéré comme violant ce droit.

Tout doute concernant cette conclusion de non-contrefaçon doit, selon moi, être dissipé par l'examen de la licence obligatoire de Novopharm, qui prévoit explicitement la vente en vrac de la substance autorisée, en établissant une formule de calcul des redevances sur le produit ainsi vendu. Si je comprends bien, étant donné l'absence de tout autre usage pratique pour le médicament en vrac, la licence doit aussi être interprétée comme envisageant et permettant implicitement la préparation par l'acheteur du produit sous forme posologique définitive. Cette conclusion est seulement renforcée, à mon sens, par le fait que les taux de redevance prévus sont fixés en fonction des montants perçus par les acquéreurs subséquents pour la vente aux détaillants des produits sous forme posologique définitive. Si le commissaire aux brevets avait voulu restreindre cette utilisation du médicament, il l'aurait dit expressément ou, du moins, il n'aurait pas énoncé explicitement la méthode de rémunération du breveté pour cette utilisation.

En conséquence, Eli Lilly a tort d'affirmer que la préparation sous une autre forme proposée par Apotex devrait être réalisée conformément à une sous-licence accordée par Novopharm, ce qui justifierait l'annulation de la licence obligatoire de Novopharm et, par conséquent, de la sous-licence, ou encore serait absolument interdite et violerait les brevets qu'elle détient. Il vaut mieux considérer, je le répète, que le droit de préparation sous une autre forme est basé sur le droit inhérent du propriétaire d'un bien d'en disposer à son gré. En l'absence, dans la licence obligatoire, de quelque condition expresse interdisant aux acheteurs de nizatidine en vrac de Novopharm de préparer le médicament sous forme posologique définitive, la jurisprudence penche en faveur du point de vue selon lequel Apotex, après avoir validement acquis le médicament en vrac, serait libre de le préparer sous une autre forme pour le revendre sans crainte de violer quelque droit conféré par les brevets d'Eli Lilly.

Je soulignerais, toutefois, que cette conclusion n'est aucunement fondée sur les règles établies

taken to have any bearing on, the well-established rules concerning the acceptable limits on the repair of a patented article: see, for example, *Rucker Co. v. Gavel's Vulcanizing Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 294 (F.C.T.D.). Here, we are not considering the repair of a patented article, but its resale in a somewhat different form. I would also add that I am unconvinced by the authorities cited by Eli Lilly in support of the proposition that the rights of the purchaser do not include the right to reformulate.

In light of the foregoing, I am in agreement with Pratte J.A. and the majority of the Federal Court of Appeal, and conclude that the reformulation of the bulk nizatidine into final-dosage form would not infringe Eli Lilly's patent. Accordingly, I conclude that Eli Lilly has failed in its various efforts to establish that Apotex's NOA was not justified and that a prohibition order should thus be issued.

VI. Disposition

A. *Novopharm Ltd. v. Eli Lilly and Co.*

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, with costs to the appellant throughout. However, I would deny the appellant's request for declaratory relief.

B. *Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*

Also for the foregoing reasons, and after a full consideration of the factual differences existing between the two appeals considered herein, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and dismiss the application for an order of prohibition. The appellant shall have its costs throughout.

concernant les limites acceptables de la réparation d'un article breveté et qu'elle ne doit pas être interprétée comme ayant un rapport avec ces règles: voir, par exemple, *Rucker Co. c. Gavel's Vulcanizing Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 294 (C.F. 1^{re} inst.). En l'espèce, il est question non pas de la réparation d'un article breveté, mais de sa revente sous une forme quelque peu différente. J'ajouterais également que je ne suis pas convaincu par la jurisprudence citée par Eli Lilly à l'appui de son assertion que les droits de l'acheteur ne comprennent pas le droit de préparation sous une autre forme.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'accord avec le juge Pratte et avec la Cour d'appel fédérale à la majorité, et je conclus que la préparation de la nizatidine en vrac sous forme posologique définitive ne violerait pas le brevet d'Eli Lilly. En conséquence, je statue donc que, malgré ses divers efforts en ce sens, Eli Lilly n'a pas réussi à établir que l'ADA d'Apotex n'était pas fondé et qu'il y avait donc lieu de rendre une ordonnance d'interdiction.

VI. Dispositif

A. *Novopharm Ltd. c. Eli Lilly and Co.*

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement de la Cour fédérale, Section de première instance, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours. Toutefois, je suis d'avis de refuser la demande de jugement déclaratoire de l'appelante.

B. *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.*

Également pour les motifs qui précèdent, et après examen complet des différences factuelles entre les deux pourvois dont nous sommes saisis en l'espèce, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rejeter la demande d'ordonnance d'interdiction. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

109

110

111

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Apotex Inc.: Goodman, Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the appellant Novopharm Limited: Ridout & Maybee, Toronto.

Solicitors for the respondents Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelante Apotex Inc.: Goodman, Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'appelante Novopharm Limited: Ridout & Maybee, Toronto.

Procureurs des intimées Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Apotex Inc. *Appellant*

v.

Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co. Inc. *Respondents*

and

The Minister of National Health and Welfare and Kyorin Pharmaceutical Co., Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA
(MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE)

File No.: 25419.

1998: January 21; 1998: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA — Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39.11, 39.14 — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1), (3), 6, 7.

Patents — Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence conditions grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third party a sublicense or having legal effect of creating a sublicense.

Kyorin held a Canadian patent for the antibiotic Norfloxacin. Merck & Co. was the exclusive holder of a licence for Canada, and Merck Canada its sole sublicensee. Apotex applied to the Commissioner of Patents for a Notice of Compliance (NOC) for the formulation and sale of 400 mg tablets of Norfloxacin. The application did not specify where the tablets would be sold. The Notice of Allegation (NOA) alleged that use by Apotex of the drug would not infringe Kyorin's patent because Apotex would obtain bulk Norfloxacin from or through Novopharm under a supply agreement. Novopharm was

Apotex Inc. *Appelante*

c.

Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co. Inc. *Intimées*

et

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Kyorin Pharmaceutical Co., Ltd. *Intimés*

RÉPERTOIRE: MERCK FROSST CANADA INC. c. CANADA
(MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL)

N° du greffe: 25419.

1998: 21 janvier; 1998: 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA — Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39.11, 39.14 — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1), (3), 6, 7.

Brevets — Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

Kyorin était titulaire d'un brevet canadien concernant l'antibiotique norfloxacin. Merck & Co. était titulaire exclusif d'une licence pour le Canada, et Merck Canada était son unique titulaire de sous-licence. Apotex a présenté au commissaire aux brevets une demande d'avis de conformité (ADC) pour la préparation et la vente de comprimés de 400 mg de norfloxacin. La demande ne précisait pas où les comprimés seraient vendus. Dans l'avis d'allégation (ADA), il était allégué que l'utilisation qu'Apotex ferait du médicament ne violerait pas le brevet de Kyorin car elle obtiendrait la norfloxacin en

the holder of a compulsory licence issued before the 1993 revisions to the *Patent Act* which eliminated the compulsory licence regime.

Under its compulsory licence, Novopharm was entitled to manufacture or import bulk Norfloxacin, and to combine it with other ingredients to make final-dosage forms for sale outside of Canada at any time after October 15, 1991. However, pursuant to certain provisions of the *Patent Act*, it could not produce Norfloxacin for sale for consumption in Canada until July 2, 1993, or import it until July 2, 1996. Furthermore, the compulsory licence expressly prohibited the granting of sublicences, and stipulated that any breach of the terms of the licence could justify Kyorin's terminating the licence.

The respondents Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co. applied to the Federal Court — Trial Division for a prohibition order to prevent the Minister of National Health and Welfare from issuing the requested NOC to Apotex until after the expiry of Kyorin's patent for Norfloxacin in 2001. The application was granted because Apotex's allegation was considered premature in that there was no non-infringing activity possible either on the date on which the NOA was served or on the first date on which a NOC could have issued under it. The Federal Court of Appeal dismissed Apotex's appeal, but only because it found the supply agreement to be a sublicense and consequently invalid; the prematurity issue was not considered.

At issue on this appeal were: (1) whether the Federal Court of Appeal erred in characterizing the supply agreement as a sublicense and therefore not a valid justification for Apotex's allegation of non-infringement; (2) if the agreement was a sublicense, whether Apotex's allegation was limited to the acquisition of Norfloxacin from Novopharm, pursuant to the supply agreement; and (3) if the agreement was not a sublicense, whether Apotex's allegation of non-infringement was still not justified, on the basis of prematurity, such that the prohibition order was properly granted. This entailed two discrete sub-issues: (a) what was the relevant date for assessing the justification for a NOA and (b) whether

vrac de Novopharm ou par l'intermédiaire de celle-ci, en vertu d'un accord d'approvisionnement. Novopharm était titulaire d'une licence obligatoire délivrée avant les modifications de 1993 de la *Loi sur les brevets*, qui ont éliminé le régime de licences obligatoires.

En vertu de sa licence obligatoire, Novopharm avait le droit de fabriquer ou d'importer la norfloxacine en vrac et de la combiner à d'autres ingrédients en vue de la préparer sous des formes posologiques définitives destinées à la vente à l'extérieur du Canada après le 15 octobre 1991. Toutefois, en vertu de certaines dispositions de la *Loi sur les brevets*, elle ne pourrait pas produire la norfloxacine pour la vendre à des fins de consommation au Canada jusqu'au 2 juillet 1993, ni l'importer jusqu'au 2 juillet 1996. De plus, la licence obligatoire interdisait expressément l'attribution de sous-licences et stipulait que toute violation des conditions de la licence pourrait justifier son annulation par Kyorin.

Les intimées Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co. ont demandé à la Cour fédérale, Section de première instance, de rendre une ordonnance interdisant au Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à Apotex l'ADC demandé jusqu'à l'expiration, en 2001, du brevet de Kyorin relatif à la norfloxacine. La demande a été accueillie parce que l'allégation d'Apotex était considérée comme prématurée du fait qu'aucune activité n'emportant pas contrefaçon n'était possible ni à la date de la signification de l'ADA ni à la première date à laquelle un ADC aurait pu être délivré en vertu de celui-ci. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel d'Apotex, mais seulement parce qu'elle a jugé que l'accord d'approvisionnement était une sous-licence et qu'il était donc invalide: la question du caractère prématuré n'a pas été examinée.

Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en considérant que l'accord d'approvisionnement était une sous-licence et qu'il ne pouvait donc pas servir de fondement à l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex, (2) si, à supposer que l'accord soit une sous-licence, l'allégation d'Apotex ne visait que l'acquisition de la norfloxacine auprès de Novopharm conformément à l'accord d'approvisionnement, et (3) si, à supposer que l'accord ne soit pas une sous-licence, l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex était toujours non fondée pour le motif qu'elle était prématurée, de sorte que l'ordonnance d'interdiction a été accordée à juste titre. Cette question comporte deux sous-questions: a) Quelle était la date pertinente pour évaluer si un ADA était fondé? Et b) l'allégation de

Apotex's allegation of non-infringement was not justified as of the relevant date.

Held: The appeal should be allowed.

The supply agreement was not, on its face, a sublicense. Moreover, the evidence did not show that the agreement was implemented in such a way as to result in the conferral of a sublicense; indeed, it had not yet been implemented at all at the time of hearing. *Prima facie*, the agreement provides a valid and non-infringing way in which Apotex can obtain bulk Norfloxacin in order to produce the product described in the NOA. Thus, the Minister should not, at least on this basis alone, have been prohibited from issuing a NOC to Apotex. Given this conclusion, it was not necessary to decide whether the NOA provided for any way to obtain the medicine other than from Novopharm, pursuant to the supply agreement. However, the wording of the NOA did not appear to admit of this possibility.

It is not appropriate for a court to permit the premature grant of a NOC where the statutory conditions have not been met. Yet, the court should not prohibit the Minister from granting a NOC if it is satisfied that the conditions have been met at the date of the hearing. If a generic producer can accurately predict the date on which the exercise of rights under a given NOC would not infringe the relevant patents and times its application for the NOC accordingly, the application should not be rejected solely on the basis that the allegation made in its support was not justified when the NOA was issued, notwithstanding that there was no possibility that the NOC could be granted on that date.

Similarly, the relevant date is not the first date on which the NOC can be granted if no objection is filed in the Federal Court. The Regulations do not compel the Minister to issue a NOC immediately, but even if they did, the nature of the pharmaceutical industry would make this little more than a theoretical possibility. The Regulations provide for what is, in effect, an injunction of up to 30 months against the granting of a NOC. This injunction commences immediately upon the filing of an objection to the NOA, without any consideration of the merits of either position. To subject generic drug producers to such a draconian regime would be manifestly unjust if they were not permitted to protect themselves and reduce the length of this presumptive injunction by initiating the NOC process as early as possible, anticipating the likelihood that objection will be taken. An application could properly be rejected by the Federal

non-contrefaçon d'Apotex était-elle non fondée à la date pertinente?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'accord d'approvisionnement n'était pas une sous-licence à première vue. De plus, la preuve n'établissait pas que l'accord a été exécuté de manière à entraîner l'attribution d'une sous-licence; en fait, il n'avait pas encore été exécuté au moment de l'audition. À première vue, l'accord fournit à Apotex un moyen valide et n'emportant pas contrefaçon de se procurer la norfloxacine en vrac pour fabriquer le produit décrit dans l'ADA. Ainsi, il n'aurait pas dû être interdit au Ministre, du moins pour ce seul motif, de délivrer un ADC à Apotex. Compte tenu de cette conclusion, il n'était pas nécessaire de décider si l'ADA prévoyait qu'il était possible d'obtenir le médicament autrement qu'auprès de Novopharm, conformément à l'accord d'approvisionnement. Toutefois, le texte de l'ADA ne semblait pas compatible avec cette possibilité.

Il n'est pas opportun qu'une cour autorise la délivrance prématurée d'un ADC lorsque les conditions prévues par la loi n'ont pas été remplies. La cour ne devrait pourtant pas interdire au Ministre de délivrer un ADC lorsqu'elle est convaincue que ces conditions sont remplies à la date de l'audition. Lorsque le fabricant de génériques peut prévoir exactement à quelle date l'exercice des droits conférés par un ADC n'emportera pas violation des brevets en cause et choisit le moment de présenter sa demande d'ADC en conséquence, cette demande ne devrait pas être rejetée seulement parce que l'allégation présentée à son appui n'était pas fondée au moment où l'ADA a été produit, même s'il n'y avait aucune possibilité que l'ADC soit délivré à cette date.

De même, la date pertinente n'est pas la première date à laquelle l'ADC peut être délivré si la Cour fédérale n'est saisie d'aucune objection. Le Règlement n'oblige pas le Ministre à délivrer un ADC immédiatement, mais même s'il l'obligeait à le faire, il s'agirait d'une possibilité essentiellement théorique vu la nature de l'industrie pharmaceutique. Le Règlement prévoit ce qui constitue, dans les faits, une injonction interdisant de délivrer un ADC qui peut s'appliquer jusqu'à pendant 30 mois. Cette injonction entre en vigueur dès le dépôt d'une objection à l'ADA, indépendamment du bien-fondé de l'un ou l'autre point de vue. Il serait manifestement injuste d'assujettir les fabricants de génériques à un régime aussi draconien sans leur permettre de se protéger et de diminuer la durée de cette injonction de fait en engageant une procédure d'obtention d'ADC dès que possible, en prévision de la possibilité qu'une objection

Court as premature if the allegation made in its support is not justified at the date of hearing. This is sufficient to discourage inappropriately premature applications.

The appropriate date for assessment of Apotex's application for a NOC was the date of the hearing before the Federal Court — Trial Division. As of that date, Novopharm was entitled, under its compulsory licence, to produce Norfloxacin for sale for consumption in Canada, and thus there existed a valid, non-infringing way in which Apotex could have acquired the bulk medicine required to produce the final-dosage product for which the NOC was sought. Accordingly, it could not be said that the allegation made by Apotex was not justified. Given this conclusion, it was not necessary to consider the possibility of non-infringing export sales by Apotex.

Cases Cited

Considered: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 132 F.T.R. 60; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; **referred to:** *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; *Smithkline Beecham Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 138 F.T.R. 310; *Glaxo Wellcome Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129; *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294.

Statutes and Regulations Cited

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39.11 [ad. c. 33 (3rd Supp.), s. 15], 39.14 [*idem*].
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1), (3), 6, 7.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 67 C.P.R. (3d) 455, 197 N.R. 294, [1996] F.C.J. No. 595 (QL), dismissing an appeal from a judgment of the Federal Court, Trial Division (1995), 65 C.P.R. (3d) 483, 106 F.T.R. 294, [1995] F.C.J. No. 1720 (QL). Appeal allowed.

soit soulevée. La Cour fédérale pourrait, à juste titre, rejeter une demande pour le motif qu'elle est prématurée si l'allégation présentée à son appui n'est pas fondée à la date de l'audition. Cela suffit à décourager les demandes trop prématurées.

La date appropriée pour évaluer la demande d'ADC présentée par Apotex était celle de l'audition devant la Cour fédérale, Section de première instance. Dès cette date, Novopharm était autorisée, aux termes de sa licence obligatoire, à fabriquer la norfloxacine pour la vendre à des fins de consommation au Canada, et Apotex disposait ainsi d'un moyen valable et n'emportant pas contrefaçon de se procurer le médicament en vrac nécessaire à la fabrication du produit sous forme posologique définitive, pour lequel l'ADC était demandé. On ne saurait donc dire que l'allégation d'Apotex n'était pas fondée. Vu cette conclusion, il n'était pas nécessaire d'étudier la question de la possibilité pour Apotex d'effectuer des ventes à l'exportation n'emportant pas contrefaçon.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 132 F.T.R. 60; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; **arrêts mentionnés:** *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; *Smithkline Beecham Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 138 F.T.R. 310; *Glaxo Wellcome Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 75 C.P.R. (3d) 129; *Karavos c. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294.

Lois et règlements cités

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39.11 [aj. ch. 33 (3^e suppl.), art. 15], 39.14 [*idem*].
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1), (3), 6, 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1996), 67 C.P.R. (3d) 455, 197 N.R. 294, [1996] A.C.F. n° 595 (QL), qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance (1995), 65 C.P.R. (3d) 483, 106 F.T.R. 294, [1995] A.C.F. n° 1720 (QL). Pourvoi accueilli.

Harry B. Radomski, Richard Naiberg and David Scrimger, for the appellant.

Robert P. Charlton, J. Nelson Landry and Judith Robinson, for the respondents Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co. Inc.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal, which I shall refer to as “*Apotex #2*”, was heard together with *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.* (“*Novopharm*”), and *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.* (“*Apotex #1*”), [1998] 2 S.C.R. 129, reasons in which are being released simultaneously herewith. Because the events and proceedings leading to the present appeal are somewhat distinct from those considered in the other two appeals, I shall deal with this appeal separately. However, because there is, nonetheless, a strong correlation among the facts of the three appeals, it will be necessary throughout these reasons to refer extensively to the companion cases.

Like *Novopharm* and *Apotex #1*, the instant appeal requires this Court to consider whether a supply agreement made by the appellant, Apotex Inc. (“*Apotex*”), and a competitor, Novopharm Ltd. (“*Novopharm*”), constituted the conferral of sublicences by each to the other, thus justifying the termination by the respondent patentee, Kyorin Pharmaceutical Co. Ltd. (“*Kyorin*”), of a compulsory licence held by Novopharm for a certain medicine, Norfloxacin. If it did not, then it is alleged by Apotex that the Federal Court of Appeal erred in finding that a notice of allegation (“*NOA*”) issued by Apotex in support of its request for a notice of compliance (“*NOC*”) for the formulation and marketing of certain final-dosage forms of Norfloxacin was not justified, and that the Minister of National Health and Welfare (the “*Minister*”) should not, therefore, have been prohibited from granting the requested *NOC*.

Other arguments are raised, however, that did not arise in the companion appeals. Specifically, and in the alternative, it is alleged by Apotex that

Harry B. Radomski, Richard Naiberg et David Scrimger, pour l’appelante.

Robert P. Charlton, J. Nelson Landry et Judith Robinson, pour les intimées Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co. Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi, que j’appellerai «*Apotex n° 2*», a été entendu en même temps que les pourvois *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.* («*Novopharm*»), et *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.* («*Apotex n° 1*»), [1998] 2 R.C.S. 129, dont les motifs de jugement sont déposés en même temps que ceux-ci. Comme les événements et les procédures à l’origine du présent pourvoi diffèrent quelque peu de ceux examinés dans les deux autres cas, je vais traiter le présent pourvoi séparément. Toutefois, parce que les faits en cause dans les trois pourvois sont néanmoins étroitement liés, il sera nécessaire de se référer abondamment aux deux pourvois connexes dans les présents motifs.

À l’instar des pourvois *Novopharm* et *Apotex n° 1*, notre Cour doit examiner en l’espèce si un accord d’approvisionnement intervenu entre l’appelante, Apotex Inc. («*Apotex*»), et une concurrente, Novopharm Ltd. («*Novopharm*»), représentait une attribution mutuelle de sous-licences, et justifiait donc l’annulation par la brevetée intimée, Kyorin Pharmaceutical Co. Ltd. («*Kyorin*»), d’une licence obligatoire dont Novopharm est titulaire pour un médicament appelé norfloxacin. Dans la négative, Apotex allègue que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en concluant que l’avis d’allégation («*ADA*») qu’elle a produit à l’appui de sa demande d’avis de conformité («*ADC*») pour la préparation et la mise en marché de norfloxacin sous certaines formes posologiques définitives n’était pas fondé, et qu’il n’aurait donc pas dû être interdit au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (le «*Ministre*») de délivrer l’*ADC* demandé.

D’autres arguments, non soulevés dans les pourvois connexes, sont toutefois avancés en l’espèce. Plus particulièrement, et subsidiairement, Apotex

1

2

3

the Federal Court of Appeal erred in finding that the termination of the licence necessarily led to the non-justification of the allegation made in the NOA. It is submitted that the NOA did not specify how the bulk Norfloxacin would be acquired, and that there existed ways to obtain the bulk medicine other than to purchase it from Novopharm if this means of purchase would have invalidated Novopharm's licence. In the further alternative, it is argued that the Federal Court of Appeal erred in holding that the proper date at which to assess the justification of the NOA was the date of service or the 46th day thereafter, rather than the date of hearing. In any event, it is submitted that, even on the date of service, there existed ways in which Apotex could lawfully have manufactured and sold the product for which the NOC was requested without infringing Kyorin's patent.

I. Facts

4 The issues on this appeal arise from substantially the same factual matrix as that considered in *Novopharm and Apotex #1*. Kyorin holds a Canadian patent for the antibiotic Norfloxacin. The patent, issued on April 12, 1984, is to expire in the year 2001. On April 19, 1993, Apotex applied to the Commissioner of Patents, as required under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, and specifically, s. 5(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, for a NOC for the formulation and sale of 400 mg tablets of Norfloxacin. The application did not specify where the tablets would be sold.

5 The NOA filed by Apotex in support of its application, pursuant to s. 5(3) of the Regulations, alleged that its use of the drug would not infringe the patent held by Kyorin. The basis for this allegation was that Apotex would obtain bulk Norfloxacin from or through Novopharm, which held a valid compulsory licence for the drug. This licence was issued before the coming into effect of substantial revisions to the law governing patented medicines in Canada, which I have described in some detail in my reasons in the companion cases,

soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que l'annulation de la licence a nécessairement fait en sorte que l'allégation contenue dans l'ADA n'était pas fondée. On soutient que l'ADA ne précisait pas comment la norfloxacin en vrac serait acquise, et qu'il existait d'autres moyens d'obtenir le médicament en vrac sans l'acheter à Novopharm dans le cas où cette façon de l'acquérir invaliderait la licence de Novopharm. Subsidiairement encore, on fait valoir que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que la date pertinente pour évaluer si l'ADA était fondé était celle de la signification ou le 46^e jour suivant celle-ci, plutôt que la date de l'audition. Quoi qu'il en soit, on prétend que, même à la date de la signification, il existait d'autres moyens pour Apotex de fabriquer et de vendre légalement le produit pour lequel l'ADC était demandé sans violer le brevet de Kyorin.

I. Les faits

Les questions en litige dans le présent pourvoi découlent, dans une large mesure, du même cadre factuel que celui examiné dans les pourvois *Novopharm et Apotex n° 1*. Kyorin est titulaire d'un brevet canadien concernant l'antibiotique norfloxacin. Le brevet, qui a été délivré le 12 avril 1984, expirera en l'an 2001. Le 19 avril 1993, Apotex a présenté au commissaire aux brevets, comme l'exigent la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et, plus précisément, le par. 5(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, une demande d'ADC pour la préparation et la vente de comprimés de 400 mg de norfloxacin. La demande ne précisait pas où les comprimés seraient vendus.

Dans l'ADA qu'elle a déposé à l'appui de sa demande, conformément au par. 5(3) du Règlement, Apotex alléguait que l'utilisation qu'elle ferait du médicament ne violerait pas le brevet de Kyorin. Apotex fondait son allégation sur le fait qu'elle obtiendrait la norfloxacin en vrac de Novopharm, qui était titulaire d'une licence obligatoire valide pour le médicament, ou par l'intermédiaire de celle-ci. Cette licence a été délivrée avant l'entrée en vigueur des modifications importantes apportées au droit régissant les médicaments

and which eliminated the compulsory licensing scheme entirely. According to the NOA, by virtue of a supply agreement entered into by Apotex and Novopharm on November 27, 1992, Apotex was entitled to purchase bulk Norfloxacin from Novopharm, and that its acquisition of such would therefore be in a manner that would not infringe the patent. The full text of this supply agreement is set out in my reasons in *Novopharm and Apotex #1*.

Pursuant to ss. 6 and 7 of the Regulations, the respondents, Merck Frosst Canada Inc. ("Merck Canada") and Merck & Co. Inc. ("Merck & Co.") (collectively, "Merck"), applied to the Federal Court — Trial Division for a prohibition order to prevent the Minister from issuing the requested NOC to Apotex until after the expiry of Kyorin's patent for Norfloxacin in 2001. Merck & Co. is the exclusive holder of a licence for the patented medicine in Canada, and Merck Canada is its sole sublicensee. On July 2, 1986, Merck Canada had received a NOC in respect of 400 mg tablets of Norfloxacin.

Under its compulsory licence, Novopharm was entitled to manufacture or import bulk Norfloxacin and combine it with other ingredients to make final dosage forms of Norfloxacin for sale for consumption outside Canada after October 15, 1991. However, pursuant to ss. 39.11 and 39.14 of the *Patent Act*, this licence was also subject to certain prohibitions. Specifically, Novopharm was not entitled to produce Norfloxacin for sale for consumption in Canada until July 2, 1993, seven years after the issuance of the first NOC to Merck Canada, or to import Norfloxacin for sale for consumption in Canada until July 2, 1996, 10 years after the issuance of that NOC. Moreover, the compulsory licence expressly prohibited the granting of sublicences, and stipulated that any breach

brevetés au Canada, dont j'ai donné une description détaillée dans mes motifs concernant les pourvois connexes et qui ont complètement éliminé le régime des licences obligatoires. Suivant l'ADA, Apotex avait le droit, en vertu d'un accord d'approvisionnement intervenu entre elle-même et Novopharm le 27 novembre 1992, d'acheter la norfloxacine en vrac à Novopharm, et cette façon d'acquérir le produit ne violerait donc pas le brevet. Le texte intégral de cet accord d'approvisionnement figure dans les motifs que j'ai rendus dans les affaires *Novopharm et Apotex n° 1*.

Conformément aux art. 6 et 7 du Règlement, les intimées Merck Frosst Canada Inc. («Merck Canada») et Merck & Co. Inc. («Merck & Co.») (appelées collectivement «Merck») ont demandé à la Cour fédérale, Section de première instance, de rendre une ordonnance interdisant au Ministre de délivrer à Apotex l'ADC demandé jusqu'à l'expiration, en 2001, du brevet de Kyorin relatif à la norfloxacine. Merck & Co. est titulaire exclusif d'une licence pour le médicament breveté au Canada, et Merck Canada est son unique titulaire de sous-licence. Le 2 juillet 1986, Merck Canada avait reçu un ADC relativement aux comprimés de 400 mg de norfloxacine.

En vertu de sa licence obligatoire, Novopharm avait le droit de fabriquer ou d'importer la norfloxacine en vrac et de la combiner à d'autres ingrédients en vue de la préparer sous des formes posologiques définitives destinées à la vente pour fins de consommation à l'extérieur du Canada après le 15 octobre 1991. Toutefois, en vertu des art. 39.11 et 39.14 de la *Loi sur les brevets*, cette licence faisait aussi l'objet de certaines interdictions. Plus précisément, Novopharm n'avait le droit ni de produire la norfloxacine pour la vendre à des fins de consommation au Canada jusqu'au 2 juillet 1993, soit sept ans après la délivrance du premier ADC à Merck Canada, ni de l'importer pour la vendre à ces mêmes fins au Canada jusqu'au 2 juillet 1996, soit 10 ans après la délivrance de cet ADC. De plus, la licence obligatoire interdisait expressément l'attribution de sous-licences et stipulait que toute violation des conditions de la

6

7

of the terms of the licence could justify its termination by the patentee, Kyorin.

8 Merck argued that the NOA filed by Apotex was premature because, as at April 19, 1993, the date on which it was issued, there was no non-infringing activity possible for which a NOC was required; Novopharm could not, at that time, make or import Norfloxacin for consumption in Canada. Alternatively, if the NOA was not premature, it was argued, then certain necessary details were missing, namely, specifics of the statutory restrictions on Novopharm's licence and an undertaking to be bound by these restrictions. Moreover, it was argued that the supply agreement was in reality a sublicense and therefore infringed the terms of Novopharm's licence and justified its termination by Kyorin, or, alternatively, that the arrangement was in substance an agency agreement whereby Novopharm would function as Apotex's agent and thus both would be carrying on unlicensed activities.

9 At trial, Simpson J. of the Federal Court — Trial Division granted Merck's application, holding that there was no non-infringing activity possible either on the date on which the NOA was served or on the first date on which a NOC could have issued under it. Thus, the allegation was premature and not justified, and the NOC could not be granted. The Federal Court of Appeal dismissed Apotex's appeal, but on different grounds. It chose to dispose of the case on the same rationale employed in its prior decision in *Apotex #1, supra*: that the supply agreement was a sublicense and consequently invalid. Therefore, the only way in which Apotex proposed to obtain the bulk medicine was itself an infringement, meaning that the NOA could not be justified as there would be no non-infringing way in which to produce the proposed product. The issue of prematurity was not canvassed on the appeal.

licence pourrait justifier son annulation par la brevetée, Kyorin.

Merck a soutenu que l'ADA déposé par Apotex était prématuré puisque, le 19 avril 1993, date à laquelle il a été produit, aucune activité n'emportant pas contrefaçon et pour laquelle un ADC était requis n'était possible; Novopharm ne pouvait pas, à l'époque, produire ou importer la norfloxacin pour fins de consommation au Canada. On a fait valoir subsidiairement que, dans l'hypothèse où l'ADA ne serait pas prématuré, il manquait certains détails nécessaires, savoir des précisions sur les restrictions légales auxquelles la licence de Novopharm était assujettie et un engagement de se conformer à ces restrictions. Il a, en outre, été allégué que l'accord d'approvisionnement constituait en réalité une sous-licence et qu'il violait donc les conditions de la licence de Novopharm et justifiait son annulation par Kyorin, ou subsidiairement, que l'entente était essentiellement un mandat en vertu duquel Novopharm agirait comme mandataire d'Apotex, de sorte que les deux sociétés exerceraient des activités non autorisées.

Au procès, le juge Simpson de la Cour fédérale, Section de première instance, a accueilli la demande de Merck et a statué qu'aucune activité n'emportant pas contrefaçon n'était possible ni à la date de la signification de l'ADA ni à la première date à laquelle un ADC aurait pu être délivré en vertu de celui-ci. L'allégation était donc prématurée et non fondée, et l'ADC ne pouvait pas être accordé. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel d'Apotex, mais pour des raisons différentes. Elle a choisi de trancher l'affaire en recourant au même raisonnement que dans son arrêt antérieur *Apotex n° 1*, précité, à savoir que l'accord d'approvisionnement était une sous-licence et était donc invalide. Par conséquent, la seule façon dont Apotex proposait d'obtenir le médicament en vrac constituait en soi une contrefaçon, ce qui signifiait que l'ADA ne pouvait pas être fondé puisqu'il n'y aurait aucun moyen n'emportant pas contrefaçon de fabriquer le produit projeté. La question du caractère prématuré n'a pas été débattue en appel.

II. Relevant Statutory Provisions

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4

39.11 (1) Subject to this section but notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, no person shall under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention pertaining to a medicine, regardless of when the licence was granted, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada; or

(b) where the invention is other than a process, to import the invention for medicine or for the preparation or production of medicine, if the medicine is for sale for consumption in Canada.

(2) The prohibition under subsection (1) expires in respect of a medicine

(c) ten years after the date of the notice of compliance that is first issued in respect of the medicine where that notice of compliance is issued after June 27, 1986.

39.14 (1) Notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, where the notice of compliance that is first issued in respect of a medicine is issued after June 27, 1986, no person shall, under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention pertaining to the medicine, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, or

(b) where the invention is other than a process, to make or use the invention for medicine or for the preparation or production of medicine

for sale for consumption in Canada, until the expiration of seven years after the date of that notice of compliance.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make a reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4

39.11 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, il est interdit de se prévaloir d'une licence, peu importe la date de délivrance, accordée sous son régime relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit, si l'invention est un procédé, d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou, si elle n'est pas un procédé, d'importer l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada.

(2) L'interdiction est levée à l'expiration des délais suivants:

c) dix ans après la délivrance du premier avis de conformité, si elle survient après le 27 juin 1986.

39.14 (1) Par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, lorsque le premier avis de conformité pour le médicament est délivré après le 27 juin 1986, il est interdit de se prévaloir d'une licence accordée sous le régime de cet article relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit d'utiliser l'invention si elle est un procédé, pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada ou, si elle n'est pas un procédé, de réaliser ou d'utiliser celle-ci pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour telle vente. L'interdiction est levée à l'expiration des sept ans qui suivent la délivrance du premier avis de conformité en cause.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de con-

compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(b) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(2) Where, after a second person files a submission for a notice of compliance, but before the notice of compliance is issued, a patent list is submitted or amended in respect of a patent pursuant to subsection 4(5), the second person shall amend the submission to include, in respect of that patent, the statement or allegation that is required by subsection (1).

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or subsection (2) the person shall

(a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation; and

(b) serve a notice of the allegation on the first person and proof of such service on the Minister.

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of one or more of the patents that are the subject of an allegation.

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

(3) The first person shall, within the 45 days referred to in subsection (1), serve the Minister with proof that an application referred to in that subsection has been made.

formité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)b) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(2) Lorsque, après le dépôt par la seconde personne d'une demande d'avis de conformité mais avant la délivrance de cet avis, une liste de brevets est soumise ou modifiée aux termes du paragraphe 4(5) à l'égard d'un brevet, la seconde personne doit modifier la demande pour y inclure, à l'égard de ce brevet, la déclaration ou l'allégation exigée par le paragraphe (1).

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée à l'alinéa (1)b) ou au paragraphe (2), elle doit:

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

b) signifier un avis d'allégation à la première personne et une preuve de cette signification au ministre.

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation aux termes de l'alinéa 5(3)b), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration de un ou plusieurs des brevets visés par une allégation.

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle (*sic*) conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

(3) La première personne signifie au ministre, dans la période de 45 jours visée au paragraphe (1), la preuve que la demande visée à ce paragraphe a été faite.

(4) Where the first person is not the owner of each patent that is the subject of an application referred to in subsection (1), the owner of each such patent shall be made a party to the application.

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(a) the expiration of 30 days after the coming into force of these Regulations,

(b) the day on which the second person complies with section 5,

(c) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the patent list that is not the subject of an allegation,

(d) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) in respect of any patent on the patent list,

(e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 30 months after the receipt of proof of the making of any application referred to in subsection 6(1), and

(f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) Paragraph (1)(e) does not apply if at any time, in respect of each patent that is the subject of an application pursuant to subsection 6(1),

(a) the patent has expired; or

(b) the court has declared that the patent is not valid or that no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed.

(3) Paragraphs (1)(c), (d) and (e) do not apply in respect of a patent if the owner of the patent has consented to the making, constructing, using or selling of the drug in Canada by the second person.

(4) Paragraph (1)(e) ceases to apply in respect of an application referred to in subsection 6(1) if the application is withdrawn or is finally dismissed by the court.

(5) A court may shorten or extend the time limit referred to in paragraph (1)(e) in respect of an application where the court has not yet made an order pursuant to subsection 6(1) in respect of that application and where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application.

(4) Lorsque la première personne n'est pas le propriétaire de chaque brevet visé dans la demande mentionnée au paragraphe (1), le propriétaire de chaque brevet est une partie à la demande.

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes:

a) la date qui suit de 30 jours la date d'entrée en vigueur du présent règlement;

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet énuméré dans la liste de brevets qui n'est pas visé par une allégation;

d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)b) à l'égard de tout brevet énuméré dans la liste de brevets;

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 30 mois la date à laquelle est faite une demande au tribunal visée au paragraphe 6(1);

f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si, à l'égard de chaque brevet visé par une demande au tribunal aux termes du paragraphe 6(1):

a) soit le brevet est expiré;

b) soit le tribunal a déclaré que le brevet n'est pas valide ou qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites.

(3) Les alinéas (1)c), (d) et (e) ne s'appliquent pas à l'égard d'un brevet si le propriétaire de celui-ci a consenti à ce que la seconde personne utilise, fabrique, construise ou vende la drogue au Canada.

(4) L'alinéa (1)e) cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée au paragraphe 6(1) si celle-ci est retirée ou est rejetée par le tribunal de façon définitive.

(5) Le tribunal peut abrégier ou proroger le délai visé à l'alinéa (1)e) à l'égard d'une demande lorsqu'elle (*sic*) n'a pas encore rendu d'ordonnance aux termes du paragraphe 6(1) à l'égard de cette demande et qu'elle (*sic*) constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci.

III. Judicial history

A. *Federal Court, Trial Division* (1995), 65 C.P.R. (3d) 483

¹¹ Simpson J. began by observing that a NOA plays two roles: it serves both as an application to the Minister for a NOC and as the document which creates the cause of action if prohibition proceedings are commenced. As such, it cannot be amended. She also gleaned from the decision of the Federal Court of Appeal in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, that prohibition proceedings are not actions for determining validity or infringement, but rather whether the Minister may issue a NOC. The issue is therefore whether the applicant's patent would be infringed if the product for which the NOC is requested is put on the market. Because a NOC is issued to permit marketing in Canada, Simpson J. considered that the relevant question is whether its issuance will cause infringement in the Canadian market.

¹² Simpson J. accepted the position of Merck that the NOA was premature because, on the 46th day after its service, the first date on which the NOC theoretically could have been issued in accordance with the Regulations, there was no non-infringing activity possible, owing to the statutory restrictions on Novopharm's compulsory licence, *supra*. Apotex submitted that, while not required, a NOC would nonetheless be useful for export sales because foreign governments are more willing to permit the importation of drugs which have been approved for marketing in Canada. However, Simpson J. was unwilling to accept that allegations of non-infringement could be justified solely on the basis of non-infringing activities for which a NOC would be commercially useful but not strictly required. In her view, infringement was to be considered only in respect of activities for which the NOC would be necessary, that is, Canadian sales of Norfloxacin.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale, Section de première instance* (1995), 65 C.P.R. (3d) 483

Le juge Simpson a tout d'abord fait remarquer que l'ADA joue deux rôles: il constitue une demande d'ADC destinée au Ministre et il confère le droit d'action lorsque des procédures d'interdiction sont engagées. À ce titre, il ne peut pas être modifié. Elle a aussi dégagé de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588, que les procédures d'interdiction ne constituent pas des actions touchant la validité ou la violation d'un brevet, mais visent plutôt à établir si le Ministre peut délivrer un ADC. La question qui se pose est donc celle de savoir si la mise en marché du produit pour lequel un ADC est demandé violerait le brevet du requérant. Comme un ADC est délivré pour permettre la mise en marché au Canada, le juge Simpson a considéré que la question pertinente est de savoir si sa délivrance entraînera la violation du brevet sur le marché canadien.

Le juge Simpson a souscrit au point de vue de Merck selon lequel l'ADA était prématuré du fait que, le 46^e jour suivant sa signification, qui est la première date à laquelle l'ADC aurait pu théoriquement être délivré conformément au Règlement, aucune activité n'emportant pas contrefaçon n'était possible en raison des restrictions légales auxquelles la licence obligatoire de Novopharm était assujettie. Apotex a fait valoir que, même s'il n'était pas requis, l'ADC pouvait néanmoins se révéler utile pour les ventes à l'exportation étant donné que les États étrangers sont plus disposés à permettre l'importation d'un médicament dont la mise en marché a été approuvée au Canada. Le juge Simpson n'a toutefois pas voulu admettre que les allégations de non-contrefaçon pouvaient être fondées du seul fait de la présence d'activités n'emportant pas contrefaçon pour lesquelles un ADC serait utile sur le plan commercial, sans être strictement requis. À son avis, la contrefaçon ne devait être prise en considération qu'à l'égard d'activités pour lesquelles la délivrance d'un ADC serait nécessaire, à savoir la vente de norfloxacin au Canada.

Apotex also submitted that the requested remedy, a prohibition order, was unduly harsh given that it would apply for the remaining life of the patent, which at the time of the trial was six years. By contrast, the prohibition against the production of the drug for consumption in Canada under the licence would have expired only one month after the first date on which the NOC could have issued. However, Simpson J. was not persuaded to take a “prospective” approach to the NOA, refusing to deny the prohibition order on the basis that the allegation, while premature, was “nearly” justified. She also declined to apply the trial decision in *Apotex #1, supra*, where McGillis J. did not conclude that the NOA was premature even though Canadian sales were precluded by statute at the time the NOC could have issued. Simpson J. found that McGillis J. was not required or invited to deal with this issue.

Accordingly, Simpson J. allowed the application on the basis of the prematurity of the allegation. While the remaining issues were therefore not necessary to decide, Simpson J. proceeded to consider them in *obiter*. She indicated that she would not have rejected the NOA only on the basis that it failed to mention the statutory restrictions on Novopharm’s compulsory licence, given that they were, in effect, disclosed in the NOA when it advised that the licence had not been cancelled. Further, she viewed Apotex’s undertaking in the NOA to purchase Norfloxacin only under the licence as sufficient to constitute an undertaking to be bound by the restrictions thereon. She also indicated that she would have followed the decision of McGillis J. in *Apotex #1, supra*, to find that the supply agreement was not a sublicense. Finally, she would have found that there was no agency agreement in place whereby Novopharm was the agent of Apotex. In her view, at p. 489, Novopharm “remains the principal when it con-

Apotex a également soutenu que le redressement demandé, une ordonnance d’interdiction, serait particulièrement draconien étant donné qu’il s’appliquerait pendant le reste de la période de validité du brevet qui, au moment du procès, était de six ans. Par contre, l’interdiction de produire le médicament pour fins de consommation au Canada, en application de la licence, n’aurait expiré qu’un mois après la première date à laquelle l’ADC aurait pu être délivré. Le juge Simpson n’était toutefois pas convaincue qu’elle devait adopter une méthode «prospective» relativement à l’ADA et a décidé de refuser l’ordonnance d’interdiction pour le motif que l’allégation en cause, quoique prématurée, était «presque» fondée. Elle a aussi refusé d’appliquer la décision *Apotex n° 1*, précitée, rendue en première instance, dans laquelle le juge McGillis n’a pas conclu que l’ADA était prématuré même si la vente au Canada était interdite en vertu de la loi au moment où l’ADC aurait pu être délivré. Le juge Simpson a conclu que le juge McGillis n’avait pas eu à examiner cette question et n’avait pas été invitée à le faire.

Le juge Simpson a donc accueilli la demande en raison du caractère prématuré de l’allégation. Même si, en conséquence, il n’était pas nécessaire de trancher les autres questions en litige, le juge Simpson a entrepris de les examiner à titre incident. Elle a indiqué qu’elle n’aurait pas rejeté l’ADA simplement parce qu’il ne mentionnait pas les restrictions légales auxquelles était assujettie la licence obligatoire de Novopharm, vu qu’en réalité il en divulguait l’existence lorsqu’il précisait que la licence n’avait pas été annulée. Elle a, en outre, considéré que l’engagement d’Apotex, dans l’ADA, de n’acheter la norfloxacin qu’en application de la licence suffisait pour constituer un engagement à respecter les restrictions auxquelles elle était assujettie. Elle a aussi indiqué qu’elle aurait suivi la décision du juge McGillis dans *Apotex n° 1*, précité, selon laquelle l’accord d’approvisionnement n’était pas une sous-licence. Enfin, elle aurait statué qu’il n’y avait aucun mandat en vertu duquel Novopharm était mandataire d’Apotex. À son avis, à la p. 489, Novopharm «demeure le mandant lorsqu’elle contracte en application de

tracts under the Agreement with a third party for the manufacture of a licensed drug”.

B. *Federal Court of Appeal* (1996), 67 C.P.R. (3d) 455

¹⁵ In oral reasons delivered from the bench, Strayer J.A. (Décary and McDonald J.J.A. concurring) dismissed the appeal on the same rationale as in *Apotex #1, supra*, and *Novopharm, supra*, namely that the supply agreement between Apotex and Novopharm constituted a sublicense which violated the terms of Novopharm’s compulsory licence and justified its termination by Kyorin. Therefore, the agreement was found to be invalid. The court was not satisfied with the arguments advanced by Apotex as to why those decisions should not be applied, and held that it could not treat the agreement as being valid for the purpose of supporting the allegation of Apotex of its “mutual understanding” with Novopharm as the non-infringing way by which it proposed to obtain bulk Norfloxacin.

¹⁶ Strayer J.A. rejected the suggestion that the NOA implied other ways in which the medication could be obtained from Novopharm independently of the agreement, given that the allegation detailed the existence of the agreement and Apotex’s informing Novopharm of its intent to obtain the Norfloxacin through it, and then quoted (at p. 457) from the NOA: “Accordingly, Apotex Inc. will not . . . obtain, use, or sell any such norfloxacin other than as obtained from Novopharm Limited . . . until such time as the patent expires.” In the view of Strayer J.A., the use of the word “[a]ccordingly” linked that undertaking with the supply agreement, and thus the supply agreement was the only alleged way in which the medication could be obtained. Thus, because the agreement was invalid, the appeal was dismissed on these grounds alone. The other issues raised at trial were not canvassed.

[l’accord] avec un tiers pour la fabrication du médicament visé par la licence».

B. *Cour d’appel fédérale* (1996), 67 C.P.R. (3d) 455

Dans des motifs prononcés oralement à l’audience, le juge Strayer (avec l’appui des juges Décary et McDonald) a rejeté l’appel pour les mêmes raisons que dans *Apotex n° 1* et *Novopharm*, précités, à savoir que l’accord d’approvisionnement intervenu entre Apotex et Novopharm constituait une sous-licence qui violait les conditions de la licence obligatoire de Novopharm et justifiait son annulation par Kyorin. L’accord a donc été jugé invalide. La cour n’a pas été convaincue par les arguments avancés par Apotex pour expliquer pourquoi ces décisions ne devraient pas être appliquées, et elle a statué qu’elle ne pouvait pas considérer l’accord comme étant valide aux fins d’étayer l’allégation d’Apotex selon laquelle son «entente mutuelle» avec Novopharm était le moyen n’emportant pas contrefaçon qu’elle comptait utiliser pour obtenir la norfloxacin en vrac.

Le juge Strayer a rejeté l’argument selon lequel l’ADA laissait supposer qu’il y avait d’autres façons d’obtenir le médicament de Novopharm indépendamment de l’accord, étant donné que l’allégation précisait l’existence de l’accord et qu’Apotex avait fait part à Novopharm de son intention d’obtenir la norfloxacin par son entreprise, et reprenait alors (à la p. 457) la phrase suivante tirée de l’ADA: [TRADUCTION] «En conséquence, Apotex Inc. s’engage à n’obtenir, à n’utiliser et à ne vendre que la norfloxacin obtenue par l’intermédiaire de Novopharm Limited [. . .] jusqu’à l’expiration du brevet.» Selon le juge Strayer, l’emploi des mots «[e]n conséquence» établissait un lien entre cet engagement et l’accord d’approvisionnement, lequel accord représentait donc, a-t-on allégué, le seul moyen d’obtenir le médicament. Ainsi, vu que l’accord était invalide, l’appel a été rejeté pour ces motifs seulement. Les autres questions soulevées au procès n’ont pas été examinées.

IV. Issues

The issues raised on this appeal can properly be reduced to three:

- (1) Did the Federal Court of Appeal err in characterizing the supply agreement as a sublicense and therefore not a valid justification for Apotex's allegation of non-infringement?
- (2) If the answer to (1) is "no", did the Federal Court of Appeal further err in holding that Apotex's allegation was limited to the acquisition of Norfloxacin from Novopharm and pursuant to the supply agreement?
- (3) If the answer to (1) is "yes", was Apotex's allegation of non-infringement still not justified, on the basis of prematurity, such that the prohibition order was properly granted by the trial judge? This entails two discrete sub-issues:
 - (a) What is the relevant date for assessing the justification for a NOA?
 - (b) Did the respondents successfully establish that Apotex's allegation of non-infringement was not justified as of the relevant date?

V. Analysis(1) *The nature of the supply agreement*

The supply agreement entered into by Apotex and Novopharm has been discussed in detail in my reasons in *Apotex #1* and *Novopharm*. There, I expressed the view that the supply agreement was not on its face a sublicense, but rather, in essence, an agreement to agree; that is, an arrangement pursuant to which one party could later compel the other to enter into an agreement of purchase and sale of a particular patented medicine. Specifically, the essential feature of a sublicense, the transfer of

IV. Les questions en litige

Les questions soulevées par le présent pourvoi peuvent être ramenées à trois:

- (1) La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en considérant que l'accord d'approvisionnement était une sous-licence et qu'il ne pouvait donc pas servir de fondement à l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex?
- (2) Si la réponse à la première question est négative, la Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une autre erreur en statuant que l'allégation d'Apotex ne visait que l'acquisition de la norfloxacin auprès de Novopharm conformément à l'accord d'approvisionnement?
- (3) Si la réponse à la première question est affirmative, l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex était-elle toujours non fondée pour le motif qu'elle était prématurée, de sorte que le juge du procès a eu raison d'accorder l'ordonnance d'interdiction? Cette question comporte deux sous-questions:
 - a) Quelle est la date pertinente pour évaluer si un ADA était fondé?
 - b) Les intimées ont-elles réussi à démontrer que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex n'était pas fondée à la date pertinente?

V. Analyse(1) *La nature de l'accord d'approvisionnement*

L'accord d'approvisionnement intervenu entre Apotex et Novopharm a été examiné en détail dans les motifs que j'ai rédigés dans *Apotex n° 1* et *Novopharm*. J'y ai exprimé l'avis que l'accord d'approvisionnement était non pas une sous-licence à première vue, mais plutôt, essentiellement, un engagement à conclure un accord, c'est-à-dire une entente en vertu de laquelle une partie pourrait ultérieurement contraindre l'autre partie à conclure un contrat de vente d'un certain médicament breveté. Plus précisément, il y a absence de la caractéristique essentielle d'une sous-licence, soit la cession à un tiers ou au preneur de la sous-

licensed rights from the licensee/sublicensor to the third-party/sublicensee, is absent.

19 After considering both the text of the agreement and the facts of each individual case, I concluded in both *Novopharm* and *Apotex #1* not only that the parties intended to create a supply agreement and not a sublicense, but also that they succeeded in doing so: that the legal effect of the supply agreement was inconsistent with the conferral of a sublicense. On the other hand, I did stipulate that, while the agreement was not on its face a sublicense, the possibility remained that something in its implementation by the parties could, on the facts, result in the *de facto* conferral of a sublicense. However, the agreement had not yet been implemented at all in those appeals, and therefore there was no basis on which to conclude that any sublicense had been granted in that fashion either.

20 Similarly, the evidence in this appeal does not show, and it was not alleged by the respondents, that the agreement has been implemented here in such a way as to result in a sublicense. Indeed, the only step taken towards implementation appears to have been Apotex's notifying Novopharm of its future intention to request that a quantity of Norfloxacin be supplied under the supply agreement, but that no details of the arrangement can be finalized until the requested NOC is issued. There has been no suggestion, either in the NOA or otherwise, that Apotex either has contracted or intends to contract with any supplier of Norfloxacin, independently of Novopharm. Rather, the NOA makes clear that Novopharm is to sell the Norfloxacin to Apotex, presumably after first purchasing it from a designated supplier, as its compulsory licence entitles it to do.

21 Thus, the facts of this appeal do not differ materially from the facts of the companion cases, and neither, in my view, does the result. I conclude, therefore, that the Federal Court of Appeal erred in finding the supply agreement to be invalid by reason of its actually being a sublicense. *Prima facie*, the agreement does provide a valid and non-

licence des droits conférés par la licence à son titulaire ou au donneur de la sous-licence.

Après avoir examiné le texte de l'accord et les faits de chacune des affaires, j'ai conclu dans les pourvois *Novopharm* et *Apotex n° 1* que non seulement les parties ont voulu créer un accord d'approvisionnement et non une sous-licence, mais encore qu'elles sont parvenues à le faire: l'effet juridique de l'accord d'approvisionnement était incompatible avec l'attribution d'une sous-licence. Par contre, j'ai précisé que, même si l'accord n'était pas à première vue une sous-licence, il n'en demeurerait pas moins possible que son exécution par les parties pourrait, d'après les faits, entraîner l'attribution *de facto* d'une sous-licence. Cependant, l'accord n'avait pas encore été exécuté dans ces pourvois et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'une sous-licence avait été accordée de cette manière.

De même, la preuve produite dans le présent pourvoi ne montre pas, et cela n'a pas été allégué par les intimées, que l'accord a été exécuté de manière à entraîner l'attribution d'une sous-licence. En fait, la seule mesure qui a été prise pour l'exécuter semble avoir consisté en la notification par Apotex à Novopharm de son intention future de demander qu'une certaine quantité de norfloxacin lui soit fournie aux termes de l'accord d'approvisionnement, mais que les détails de l'entente ne puissent être finalisés que lorsque l'ADC demandé serait délivré. Rien ne porte à croire, que ce soit dans l'ADA ou ailleurs, qu'Apotex a conclu un contrat avec un fournisseur de norfloxacin, indépendamment de Novopharm, ou qu'il a l'intention de le faire. Au contraire, l'ADA indique clairement que Novopharm doit vendre la norfloxacin à Apotex, vraisemblablement après l'avoir achetée à un fournisseur désigné, comme sa licence obligatoire l'autorise à le faire.

Ainsi, les faits du présent pourvoi ne diffèrent pas sensiblement de ceux des pourvois connexes, pas plus, à mon avis, que le résultat. Je conclus donc que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en jugeant que l'accord d'approvisionnement était invalide parce qu'il s'agissait en fait d'une sous-licence. À première vue, l'accord four-

infringing way in which Apotex is able to obtain bulk Norfloxacin in order to produce the product described in the NOA. Thus, the Minister should not, at least on this basis alone, be prohibited from issuing a NOC to Apotex.

(2) *Acquisition other than under the supply agreement*

Before the Federal Court of Appeal, Apotex argued that its NOA did not limit it to acquiring the needed Norfloxacin only from Novopharm and pursuant to the supply agreement, and that, even if the agreement was a sublicense and therefore invalid, other, non-infringing means existed in which the medicine could be acquired. This argument does not appear to have been pursued seriously on the appeal to this Court, and it is not necessary to decide, in any event, given my conclusion that the supply agreement was not a sublicense. However, I would nonetheless indicate my agreement with the Federal Court of Appeal on this issue. Nothing in the NOA can be taken as indicative of any real possibility that the Norfloxacin would be obtained other than pursuant to the supply agreement. Indeed, I agree with Strayer J.A. that the wording of the allegation, especially the use of the word “[a]ccordingly”, as the transition between the description of the supply agreement and the undertaking not to obtain Norfloxacin other than from Novopharm and pursuant to its compulsory licence leads inexorably to the opposite conclusion.

(3) *Was the notice of allegation premature?*

Having determined that the Federal Court of Appeal erred in finding Apotex’s NOA not to be justified, on the basis of its erroneous characterization of the supply agreement, I must now consider the reasons given by Simpson J. for her findings at trial. She determined that the relevant date for assessing the justification of the allegation was either the date on which the allegation is made, that is, on which the NOA was issued, or on the 46th day thereafter, which, pursuant to s. 7(1) of the Regulations, was the first date on which the

nit à Apotex un moyen valide et n’emportant pas contrefaçon de se procurer la norfloxacin en vrac pour fabriquer le produit décrit dans l’ADA. Ainsi, il ne devrait pas être interdit au Ministre, du moins pour ce seul motif, de délivrer un ADC à Apotex.

(2) *Acquisition autrement qu’en vertu de l’accord d’approvisionnement*

En Cour d’appel fédérale, Apotex a soutenu que son ADA ne l’obligeait pas à se procurer la norfloxacin dont elle avait besoin seulement auprès de Novopharm et en conformité avec l’accord d’approvisionnement, et que, même si ce dernier constituait une sous-licence et était par conséquent invalide, il existait d’autres moyens n’emportant pas contrefaçon d’obtenir le médicament. Cet argument ne semble pas avoir été avancé sérieusement devant nous et, quoi qu’il en soit, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur son bien-fondé, étant donné ma conclusion que l’accord d’approvisionnement n’était pas une sous-licence. Toutefois, je tiens à signaler que je partage l’avis de la Cour d’appel fédérale à cet égard. Rien dans l’ADA ne peut être interprété comme indiquant qu’il existe une possibilité réelle que la norfloxacin soit obtenue autrement qu’en conformité avec l’accord d’approvisionnement. En fait, je suis d’accord avec le juge Strayer pour dire que le texte de l’allégation, en particulier les mots «[e]n conséquence» intercalés entre la description de l’accord d’approvisionnement et l’engagement à se procurer la norfloxacin exclusivement auprès de Novopharm et en conformité avec sa licence obligatoire, mène inexorablement à la conclusion contraire.

(3) *L’avis d’allégation était-il prématuré?*

Après avoir conclu que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en statuant que l’ADA d’Apotex n’était pas fondé en raison de la façon erronée dont l’accord d’approvisionnement y était qualifié, je dois maintenant examiner les motifs exposés par le juge Simpson à l’appui de ses conclusions en première instance. Elle a statué que la date pertinente pour évaluer si l’allégation était fondée était soit celle à laquelle l’allégation est faite, c’est-à-dire la date du dépôt de l’ADA, soit le 46^e jour suivant celle-ci, qui, selon le par. 7(1)

Minister theoretically could have issued a NOC, provided that neither the patentee nor the holder of a prior NOC (referred to in the Regulations as a "first person") had applied for a prohibition order. In the view of Simpson J., Apotex's allegation was not justified on either of these two dates, given that it was made on April 19, 1993, whereas Novopharm's compulsory licence did not permit it to produce or import Norfloxacin for consumption in Canada until July 2, 1993.

du Règlement, est la première date à laquelle le Ministre aurait pu théoriquement délivrer un ADC, à la condition que ni le breveté ni le titulaire d'un ADC délivré antérieurement (appelé «première personne» dans le Règlement) n'aient présenté une demande d'ordonnance d'interdiction. Le juge Simpson a estimé que l'allégation d'Apotex n'était fondée à ni l'une ni l'autre de ces dates puisqu'elle avait été faite le 19 avril 1993, alors que la licence obligatoire de Novopharm ne lui permettait pas de fabriquer ou d'importer la norfloxacine pour vente à des fins de consommation au Canada avant le 2 juillet 1993.

24 Apotex contends that Simpson J. erred in two ways: first, by finding that the relevant date for assessing the allegation was other than the date of the hearing of the application for a prohibition order; and, second, by assuming that Apotex's intention was to sell the Norfloxacin tablets for consumption in Canada when the NOA made no such representation and Apotex legally could have exported the tablets even at the time the allegation was issued. I shall consider each of these submissions in turn.

Apotex prétend que le juge Simpson a commis une erreur à deux égards: premièrement, elle a conclu à tort que la date pertinente pour évaluer l'allégation n'était pas celle de l'audition de la demande d'ordonnance d'interdiction; deuxièmement, elle a tenu pour acquis que l'intention d'Apotex était de vendre des comprimés de norfloxacine à des fins de consommation au Canada, alors que l'ADA ne le prévoit et qu'Apotex aurait pu exporter légalement les comprimés même au moment où l'allégation a été produite. Je vais examiner chacune de ces prétentions à tour de rôle.

(a) Date of assessment

a) Date d'évaluation

25 As I have already noted, Simpson J. found at trial that the relevant date for assessing the justification of an allegation was either the date on which it was made or the 46th day thereafter. Accordingly, because she found that, as at either of these dates, no non-infringing activity was possible under the NOC, she granted the requested order of prohibition. However, she offered no specific reasons in support of her conclusion as to the relevant date.

Comme je l'ai déjà signalé, le juge Simpson a conclu en première instance que la date pertinente pour évaluer si une allégation était fondée était soit la date à laquelle elle était faite, soit le 46^e jour suivant celle-ci. Comme elle a décidé qu'à l'une ou l'autre de ces dates aucune activité n'emportant pas contrefaçon n'était possible aux termes de l'ADC, elle a rendu l'ordonnance d'interdiction demandée. Cependant, elle n'a exposé aucune raison particulière à l'appui de sa conclusion relative à la date pertinente.

26 In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 132 F.T.R. 60, Muldoon J. specifically rejected the reasoning of Simpson J., holding instead that the appropriate date for assessing the justification of a NOA is the date of hearing. In reaching this conclusion, Muldoon J. disputed the relevancy of the 46th day after the issuance of the NOA, given that,

Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale du Bien-être social)* (1997), 132 F.T.R. 60, le juge Muldoon a rejeté expressément le raisonnement du juge Simpson et a plutôt conclu que la date appropriée pour évaluer si un ADA était fondé est la date de l'audition. Pour tirer cette conclusion, le juge Muldoon a mis en doute la pertinence du 46^e jour suivant le dépôt

in most cases, no NOC can issue until either the application for a prohibition order is disposed of or the 30-month “statutory stay” occasioned by such an application has elapsed. In his view, at p. 71, such “known and predictable delays” should be considered in assessing the sufficiency of an allegation. Further, he questioned whether, even if no application for prohibition were filed, the Minister would in fact be obliged to issue the requested NOC on the 46th day after the issuance of the NOA, even if it would be unlawful for the applicant to exploit the NOC at that time. In his view, at p. 71, “the Minister is not a robot” and has the discretion, under the Regulations, not to issue the NOC immediately.

Muldoon J. noted at p. 73 that, by s. 6(2) of the Regulations, the court is required to make an order of prohibition “if it finds that none of those allegations [i.e., those contained in the NOA] is justified” (emphasis added). In his words, at p. 73:

When does or can the court make such a finding? Not earlier than the hearing of the motion for prohibition, is when. It is noteworthy that the regulation does not provide: “. . . it finds that none of those allegations was justified”, i.e. “both at the date of the Notice and at the date a NOC could have issued under the Notice”. . . . Clearly, if time be the critical consideration, however, the time of the allegations’ “prematurity” or “ripeness” is the time at which the court “finds that none of those allegations is justified”, which at earliest is the hearing of the prohibition motion and at latest is the date of the court’s order and reasons for order, if reasons there be. After all, is that not precisely the time reg. 6(2) provides in so many words, and not some earlier? As above illustrated reg. 6(2) could easily have exacted what the learned judge found about “prematurity”, but it does not exact that. [Emphasis in original.]

This approach was adopted in *Smithkline Beecham Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 138 F.T.R. 310, and in *Glaxo Wellcome Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 75 C.P.R.

de l’ADA, étant donné que, dans la plupart des cas, aucun ADC ne peut être délivré avant qu’il ne soit statué sur la demande d’ordonnance d’interdiction ou que n’ait expiré la «suspension de nature législative» de 30 mois découlant de cette demande. À son avis, à la p. 71, de tels «délais connus et prévisibles» devraient être pris en considération pour évaluer le bien-fondé d’une allégation. En outre, il s’est demandé si le Ministre serait en fait tenu de délivrer l’ADC demandé le 46^e jour suivant le dépôt de l’ADA, même si aucune demande d’ordonnance d’interdiction n’était présentée et même s’il était alors illégal pour la partie requérante de se prévaloir de l’ADC. Selon lui, à la p. 71, «le Ministre n’est pas un robot», et le Règlement lui confère le pouvoir discrétionnaire de ne pas délivrer l’ADC immédiatement.

Le juge Muldoon a fait remarquer, à la p. 73, que, aux termes du par. 6(2) du Règlement, la cour doit rendre une ordonnance d’interdiction «si elle conclut qu’aucune des allégations [c.-à-d. celles contenues dans l’ADA] n’est fondée» (je souligne). Il ajoute, à la p. 73:

À quelle date la cour arrive-t-elle ou peut-elle arriver à une telle conclusion? Pas avant l’audition de la demande d’interdiction, telle est cette date. Il y a lieu de noter que le règlement ne dit pas: «elle conclut qu’aucune des allégations n’était fondée», c.-à-d. «à la date de l’avis d’allégation et à la date à laquelle un ADC aurait pu être délivré sur le fondement de l’avis d’allégation» [. . .] Il est clair toutefois que si le temps est l’élément crucial à considérer, la date relative au caractère «prématuré» ou à la «maturité» des allégations est celle où la cour «conclut qu’aucune des allégations n’est fondée», ce qui correspond au plus tôt à la date de l’audition de la demande d’interdiction et, au plus tard, à celle de l’ordonnance du tribunal et de ses motifs, si tant est qu’il y en ait. Après tout, n’est-ce pas là précisément la date que prévoit textuellement le paragraphe 6(2) et non une date antérieure quelconque? Comme on l’a montré ci-dessus, ce paragraphe du règlement aurait pu exiger ce que la distinguée juge a conclu au sujet du caractère «prématuré», mais il ne l’a pas fait. [Souligné dans l’original.]

Ce point de vue a été adopté dans les décisions *Smithkline Beecham Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 138 F.T.R. 310, et *Glaxo Wellcome Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et*

(3d) 129 (F.C.T.D.). In my view, it is a correct statement of the law.

28

In support of its argument to this effect, Apotex also relied on the decision of the Federal Court of Appeal, affirmed by this Court, in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100, in which Robertson J.A. wrote at pp. 771-72:

As a general proposition, it is not difficult to accept a rule which seeks to eliminate premature applications for *mandamus*. It is certainly open to a respondent to pursue dismissal of an application where the duty to perform has yet to arise. However, unless compelling reasons are offered, an application for an order in the nature of *mandamus* should not be defeated on the ground that it was initiated prematurely. Provided that the conditions precedent to the exercise of the duty have been satisfied at the time of the hearing, the application should be assessed on its merits.

29

Apotex v. Canada (Attorney General) was concerned with a proceeding of a character somewhat different from the instant appeal. In that case, Apotex sought an order in the nature of *mandamus* to compel the Minister to issue a NOC. Here, the opposite order, one prohibiting the Minister from issuing a NOC, is sought. As is evident just from a cursory reading of the above-quoted passage and as is well-established in the law, specific considerations animate the granting of an order in the nature of *mandamus*; for example, it must be established that the public official whose action is sought to be compelled in fact owes a duty to the applicant which is due at the time the relief is sought: see *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294 (Ont. C.A.). Therefore, it would be incorrect to argue that this statement gives rise to any general rule concerning the date of assessment in all matters of judicial review.

30

However, the logic underlying the holding does provide some guidance. In my view, the matter comes down to a question of common sense. Certainly, it would not be appropriate for this or any court to permit the premature grant of a NOC where the statutory conditions have not been met.

du Bien-être social) (1997), 75 C.P.R. (3d) 129 (C.F. 1^{re} inst.). J'estime qu'il s'agit d'un énoncé correct du droit applicable.

À l'appui de son argumentation en ce sens, Apotex a également invoqué l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, confirmé par notre Cour, *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100, où le juge Robertson affirme ce qui suit, aux pp. 771 et 772:

Comme principe général, il n'est pas difficile d'accepter une règle qui vise à éliminer les demandes prématurées de *mandamus*. Une personne intimée peut certes chercher à obtenir le rejet d'une demande lorsque l'obligation d'agir n'est pas encore née. Toutefois, le fait qu'elle ait été présentée trop tôt ne devrait pas faire échouer une demande d'ordonnance de *mandamus* à moins que des raisons sérieuses ne soient données. La demande devrait être appréciée quant au fond pourvu que les conditions préalables à l'exercice de l'obligation aient été satisfaites au moment de l'audience.

Dans l'arrêt *Apotex c. Canada (Procureur général)*, il était question d'une procédure d'une nature quelque peu différente de celle qui est ici en cause. Dans cette affaire, Apotex demandait une ordonnance de *mandamus* enjoignant au Ministre de lui délivrer un ADC. En l'espèce, c'est l'inverse car on demande une ordonnance interdisant au Ministre de délivrer un ADC. Il est bien établi en droit, et un simple coup d'œil à la citation permet de le constater, que des considérations particulières sous-tendent l'attribution d'une ordonnance de *mandamus*; par exemple, il faut établir que le fonctionnaire que l'on veut contraindre à agir a effectivement une obligation envers le requérant au moment où le redressement est demandé: voir *Karavos c. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294 (C.A. Ont.). Il serait donc incorrect de prétendre que cet énoncé établit une règle générale concernant la date d'évaluation dans toutes les affaires de contrôle judiciaire.

Toutefois, la logique qui sous-tend cette conclusion fournit certaines indications. Il s'agit selon moi d'une simple question de bon sens. Certes, il ne serait pas opportun que notre Cour ou une autre cour autorise la délivrance prématurée d'un ADC lorsque les conditions prévues par la loi n'ont pas

On the other hand, I have great difficulty with the notion that where, at the date of hearing, the court is satisfied that the conditions have been met, it should nonetheless prohibit the Minister from granting a NOC. The purpose of the Regulations is simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of NOCs until such time as their implementation would not result in such infringement. They are not, in my view, intended to punish generic drug producers for asserting their rights prematurely. If a generic producer can accurately predict the date on which the exercise of rights under a given NOC would not infringe the relevant patents, and times its application for the NOC accordingly, I can see no reason why the application should be rejected solely on the basis that the allegation made in its support was not justified when the NOA was issued, notwithstanding that there was no possibility that the NOC could be granted on that date.

However, that does not completely dispose of the matter. What of the alternative conclusion by Simpson J. that the relevant date is the 46th day after the issuance of the NOA, the first date on which the NOC can, pursuant to s. 7(1)(d) of the Regulations, be granted if no objection is filed in the Federal Court? To begin with, I agree both with Apotex and with Muldoon J. in *Merck Frosst Canada Inc.*, *supra*, that there is nothing in the Regulations to compel the Minister to issue a NOC immediately upon the expiration of 45 days after the filing of the NOA. Rather, s. 7(1) provides that the Minister “shall not issue” a NOC before this date; it imposes no mandatory obligation to issue the NOC on this precise date. To hold otherwise would be to read into the Regulations a limitation which they do not contain.

Even if there were such a requirement, however, I would not find that the date of assessment is properly the 46th day following the issuance of the NOA. Considering the nature of the pharmaceutical industry, this seems an unduly restrictive approach, somewhat out of step with commercial reality. As Muldoon J. astutely observed in *Merck Frosst Canada Inc.*, *supra*, the notion that a NOC

été remplies. Par contre, j’ai du mal à concevoir que, lorsque la cour est convaincue que ces conditions sont remplies à la date de l’audition, elle doit néanmoins interdire au Ministre de délivrer un ADC. Le Règlement vise simplement à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l’ADC jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter. Il n’a pas pour objet, selon moi, de punir le fabricant de médicaments génériques qui fait valoir ses droits prématurément. Lorsque le fabricant de génériques peut prévoir exactement à quelle date l’exercice des droits conférés par un ADC n’emportera pas violation des brevets en cause et choisit le moment de présenter sa demande d’ADC en conséquence, je ne vois pas pourquoi cette demande devrait être rejetée seulement parce que l’allégation présentée à son appui n’était pas fondée au moment où l’ADA a été produit, même s’il n’y avait aucune possibilité que l’ADC soit délivré à cette date.

Cependant, cela ne règle pas complètement la question. Qu’en est-il de la conclusion subsidiaire du juge Simpson que la date pertinente est le 46^e jour qui suit le dépôt de l’ADA, soit la première date à laquelle l’ADC peut, aux termes de l’al. 7(1)d) du Règlement, être délivré si la Cour fédérale n’est saisie d’aucune objection? Tout d’abord, je suis d’accord avec Apotex et avec le juge Muldoon dans la décision *Merck Frosst Canada Inc.*, précitée, pour dire que rien dans le Règlement n’oblige le Ministre à délivrer un ADC dès l’expiration du délai de 45 jours suivant le dépôt de l’ADA. Le paragraphe 7(1) prévoit plutôt que le Ministre «ne peut délivrer» un ADC avant cette date; il ne lui impose aucune obligation de délivrer un ADC à cette date précise. Toute autre conclusion reviendrait à interpréter le Règlement comme s’il renfermait une restriction qui n’y figure pas.

Même si une telle exigence existait, je ne conclurais pas que la date d’évaluation pertinente est le 46^e jour suivant le dépôt de l’ADA. Vu la nature de l’industrie pharmaceutique, un tel point de vue semble trop restrictif et quelque peu détaché de la réalité commerciale. Comme l’a fait observer astucieusement le juge Muldoon dans *Merck Frosst Canada Inc.*, précité, l’idée qu’un ADC puisse être

31

32

might be granted on the 46th day after the issuance of a NOA is indeed, as Simpson J. described it, little more than "theoretical". The Regulations provide for what is, in effect, a statutory prohibition on, or injunction against, the granting of a NOC, commencing immediately upon the filing by a "first person" of an application for a court-imposed prohibition order and concluding only upon the earlier of the judicial determination of the application or the passage of 30 months. This prohibition takes effect automatically, without any consideration of the merits of the application; not even the ordinary requirements for an interlocutory injunction must be complied with. Under these conditions, and absent some prior indication to the contrary, I think it would be permissible for a generic producer to predict that either the patentee, the holder of a prior NOC, or both, is likely to attempt to protect or prolong their as-yet exclusive rights for as long as possible by taking advantage of the procedure set out in the Regulations.

33

There may be good policy reasons for the operation of the regulatory scheme in this fashion. However, it would be manifestly unjust to subject generic drug producers to such a draconian regime without at least permitting them to protect themselves and reduce the length of the presumptive injunction by initiating the NOC process as early as possible. As I have already said, this is not inconsistent with s. 6(2) of the Regulations, which provides only that the court shall make an order of prohibition "if it finds that none of those allegations is justified" a finding which can only be made, at the earliest, on the date of hearing. Thus, an application could properly be rejected by the Federal Court as premature if the allegation made in its support is not justified at that time. This is sufficient, in my view, to discourage inappropriately premature applications. On the other hand, to interpret the Regulations in the manner urged by the respondents would effectively be to require generic drug producers to satisfy all requirements in s. 5 and then to wait up to an additional 30

accordé le 46^e jour suivant le dépôt d'un ADA est en fait, comme le dit le juge Simpson, essentiellement «théorique». Le Règlement prévoit ce qui constitue, dans les faits, une interdiction légale de délivrer un ADC, ou une injonction interdisant de le faire, qui entre en vigueur dès qu'une «première personne» présente une demande d'ordonnance d'interdiction judiciaire, et qui prend fin lorsque survient le premier des événements suivants: la prise d'une décision judiciaire concernant la demande, ou l'expiration d'un délai de 30 mois. L'interdiction s'applique automatiquement, indépendamment du bien-fondé de la demande; même les conditions habituelles d'une injonction interlocutoire n'ont pas à être remplies. Dans ces circonstances et à défaut de toute indication contraire préalable, je crois qu'il serait acceptable qu'un fabricant de génériques prévoie que le breveté ou le titulaire d'un ADC délivré antérieurement, ou les deux, tenteront vraisemblablement de protéger ou de maintenir aussi longtemps que possible leurs droits jusque-là exclusifs en se prévalant de la procédure énoncée dans le Règlement.

Il peut y avoir de bonnes raisons de principe d'appliquer de cette manière le régime réglementaire. Cependant, il serait manifestement injuste d'assujettir les fabricants de génériques à un régime aussi draconien sans au moins leur permettre de se protéger et de diminuer la durée de l'injonction de fait en engageant une procédure d'obtention d'ADC dès que possible. Je le répète, cela n'est pas incompatible avec le par. 6(2) du Règlement, qui prévoit seulement que la cour rend une ordonnance d'interdiction «si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée», une conclusion qui ne peut être tirée, au plus tôt, qu'à la date de l'audition. Ainsi, la Cour fédérale pourrait, à juste titre, rejeter une demande pour le motif qu'elle est prématurée si l'allégation présentée à son appui n'est pas fondée à ce moment-là. Cela suffit, selon moi, à décourager les demandes trop prématurées. Par contre, adopter l'interprétation du Règlement préconisée par les intimés reviendrait, en fait, à obliger les fabricants de génériques à remplir toutes les conditions de l'art. 5, et à atten-

months before marketing the desired product. This cannot be what was intended by the Regulations.

Therefore, I conclude that the appropriate date for assessment of Apotex's application for a NOC was the date of the hearing before the Federal Court — Trial Division: November 14, 1995. As of that date, Novopharm was entitled, under its compulsory licence, to produce Norfloxacin for sale for consumption in Canada, and thus there existed a valid, non-infringing way in which Apotex could have acquired the bulk medicine required to produce the final-dosage product for which the NOC was sought. Accordingly, it cannot be said that the allegation made by Apotex was not justified.

(b) Non-infringing export sales

Apotex submits, in the alternative, that, even if the justification of the NOA were to be assessed as at the date on which it was issued rather than the date of hearing, Novopharm was entitled to import or manufacture bulk Norfloxacin for sale for consumption outside Canada as early as October 15, 1993. While Apotex could have purchased this medicine and reformulated it for export sales even without a NOC, it is submitted that certain requirements related to exportation would have been alleviated if the NOC had been granted. Therefore, it is argued that the NOA was justified, at least *vis-à-vis* export sales, even at the date it was issued.

However, in light of my conclusion that the date of hearing was the proper date at which to assess the justification of the NOA, it is not necessary to consider this issue. As at that date, there was certainly ample justification for the allegation of non-infringement, even without considering the possibility of exportation.

dre ensuite jusqu'à 30 mois avant de mettre en marché le produit souhaité. Ce ne saurait être l'objet du Règlement.

Je conclus donc que la date appropriée pour évaluer la demande d'ADC présentée par Apotex était celle de l'audition devant la Cour fédérale, Section de première instance, soit le 14 novembre 1995. Dès cette date, Novopharm était autorisée, aux termes de sa licence obligatoire, à fabriquer la norfloxacin pour la vendre à des fins de consommation au Canada, et Apotex disposait ainsi d'un moyen valable et n'emportant pas contrefaçon de se procurer le médicament en vrac nécessaire à la fabrication du produit sous forme posologique définitive, pour lequel l'ADC était demandé. On ne saurait donc dire que l'allégation d'Apotex n'était pas fondée.

b) Ventes à l'exportation n'emportant pas contrefaçon

Apotex soutient subsidiairement que, même si la date pertinente pour évaluer si l'ADA était fondé était celle à laquelle celui-ci a été produit, et non la date de l'audition, Novopharm était autorisée à importer ou à fabriquer la norfloxacin en vrac pour la vendre à des fins de consommation à l'extérieur du Canada dès le 15 octobre 1993. Même si Apotex avait pu acheter ce médicament et le préparer sous une autre forme pour la vente à l'exportation même sans ADC, on fait valoir que le respect de certaines exigences liées à l'exportation aurait été facilité si un ADC avait été délivré. On soutient donc que l'ADA était fondé, du moins en ce qui concerne les ventes à l'exportation, même à la date de son dépôt.

Toutefois, puisque je conclus que la date de l'audition était la date pertinente pour évaluer si l'ADA était fondé, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Dès cette date, l'allégation de non-contrefaçon était sûrement amplement fondée, même indépendamment de la possibilité d'exportation.

34

35

36

VI. Disposition

37 In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and dismiss the application for a prohibition order preventing the Minister from issuing the requested NOC to Apotex. The Minister is under no restriction from granting the NOC as requested. The appellant shall have its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman, Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the respondents Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co. Inc.: Ogilvy Renault, Montreal.

VI. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rejeter la demande d'ordonnance d'interdiction visant à empêcher le Ministre de délivrer l'ADC demandé par Apotex. Le Ministre n'est nullement empêché d'accorder l'ADC requis. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Goodman, Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs des intimées Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co. Inc.: Ogilvy Renault, 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 2, 1998 Vol. 2

2^e cahier, 1998 Vol. 2

Cited as [1998] 2 S.C.R. 217-441

Renvoi [1998] 2 R.C.S. 217-441

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

Continental Bank of Canada v. Canada 358

Income tax — Taxable capital gains — Bank purporting to dispose of partnership interest — Whether gain from disposition of partnership interest capital gain or income gain — Whether Crown's alternative argument that Bank liable for recapture of capital cost allowance should be entertained.

Continental Bank Leasing Corp. v. Canada 298

Income tax — Depreciable assets — Recapture of capital cost allowance — Rollover of assets into partnership — Bank subsidiary entering into partnership and transferring assets to it pursuant to rollover provision — Bank Act prohibiting banks from participating in partnerships — Provincial partnerships legislation providing for dissolution of partnership upon happening of event making it unlawful for business of firm to be carried on or for members of firm to carry it on in partnership — Whether partnership rendered invalid — If so, whether sub-

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

Arrêstistes
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

Banque Continentale du Canada c. Canada 358

Impôt sur le revenu — Gains en capital imposables — Banque prétendant avoir disposé de sa participation dans une société en nom collectif — Le gain tiré de cette disposition était-il un gain en capital ou un gain imposable en tant que revenu d'exploitation? — L'argument subsidiaire de la Couronne que la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement doit-il être retenu?

Continental Bank Leasing Corp. c. Canada 298

Impôt sur le revenu — Biens amortissables — Récupération de la déduction pour amortissement — Transfert libre d'impôt des biens dans une société en nom collectif — Participation d'une filiale de la Banque à une société en nom collectif et transfert de biens à cette société en vertu d'une disposition sur le transfert libre d'impôt — Loi sur les banques interdisant aux banques de participer à des sociétés en nom collectif — Loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

sidiary liable for recapture of capital cost allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 13, 97(2) — Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

R. v. Cuerrier 371

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether non-disclosure of HIV status can constitute fraud vitiating partner's consent to sexual intercourse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268.

Reference re Secession of Quebec 217

Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

SOMMAIRE (Fin)

provinciale sur les sociétés en nom collectif prévoyant la dissolution de la société dans les cas où se produit un événement rendant illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme ou son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif — La société en nom collectif a-t-elle été rendue invalide? — Si oui, la filiale doit-elle inclure dans son revenu la récupération de la déduction pour amortissement? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 13, 97(2) — Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

R. c. Cuerrier 371

Droit criminel — Voies de fait graves — Consentement — Fraude — Non-divulgence de séropositivité — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés tout en sachant qu'il était séropositif — La non-divulgence de la séropositivité peut-elle constituer une fraude viciant le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3)c), 268.

Renvoi relatif à la sécession du Québec 217

Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

**IN THE MATTER OF Section 53 of the
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26;**

**AND IN THE MATTER OF a Reference by
the Governor in Council concerning certain
questions relating to the secession of Quebec
from Canada, as set out in Order in Council
P.C. 1996-1497, dated the 30th day of
September, 1996**

INDEXED AS: REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC

File No.: 25506.

1998: February 16, 17, 18, 19; 1998: August 20.

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

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

**DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985),
ch. S-26;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le
Gouverneur en conseil au sujet de certaines
questions ayant trait à la sécession du
Québec du reste du Canada formulées dans
le décret C.P. 1996-1497 en date du 30
septembre 1996**

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC

N° du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

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

RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Issues regarding the Court's reference jurisdiction were raised by the *amicus curiae*. He argued that s. 53 of the *Supreme Court Act* was unconstitutional; that, even if the Court's reference jurisdiction was constitutionally valid, the questions submitted were outside the scope of s. 53; and, finally, that these questions were not justiciable.

Held: Section 53 of the *Supreme Court Act* is constitutional and the Court should answer the reference questions.

(1) *Supreme Court's Reference Jurisdiction*

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the authority to grant this Court the reference jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*. The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. While, in most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction. Even if there were any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal". A "general court of appeal" may also properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions. There is no con-

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'amicus curiae a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaçant que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est inconstitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

Arrêt: L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

(1) *La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi*

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entraine en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exer-

stitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake an advisory role.

The reference questions are within the scope of s. 53 of the *Supreme Court Act*. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Questions 1 and 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are "important questions of law or fact concerning any matter" and thus come within s. 53(2). In answering Question 2, the Court is not exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The Court is providing an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation. Further, Question 2 is not beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law. More importantly, Question 2 does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the legislature or government of Quebec, institutions that exist as part of the Canadian legal order. International law must be addressed since it has been invoked as a consideration in the context of this Reference.

The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

cer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)(a). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)(d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

(2) Question 1

The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

(2) Question 1

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted: the continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government and Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities.

The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken “under the Constitution” and not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations identified by the Court are binding obligations under the Constitution. However, it will be for the political actors to determine what constitutes “a clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs poli-

The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

(3) *Question 2*

The Court was also required to consider whether a right to unilateral secession exists under international law. Some supporting an affirmative answer did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all "peoples". Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the "people" issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where "a people" is governed as part of a colonial empire; where "a people" is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where "a people" is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the "National Assembly, the legislature or the government of Quebec" do not enjoy a right at international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, the possibility of an unconstitutional declaration of secession lead-

tiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

(3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple» empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans d'autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. L'État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration incons-

ing to a *de facto* secession is not ruled out. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Even if granted, such recognition would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

(4) *Question 3*

In view of the answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R.

tionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

(4) *Question 3*

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1

455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

Statutes and Regulations Cited

Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 4, 7 to 14, 15, 25, 33.
Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, Arts. 1(2), 55.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 91, 92(14), 96, 101.
Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52(1), (2).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 2, Europ. T.S. No. 5, p. 36.
Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 1.

Lois et règlements cités

Acte d'Union, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 4].
Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.
Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 1(2), 55.
Constitution des États-Unis, art. III, § 2.
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Protocole n° 2, S.T. Europ. n° 5, p. 37.
Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 1.
Magna Carta (1215).
Statute of the Inter-American Court of Human Rights (1979), Art. 2.
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 27].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 53(1)(a), (d), (2).
Treaty establishing the European Community, Art. 228(6).
Union Act, 1840 (U.K.), 3-4 Vict., c. 35 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 4].
 United States Constitution, art. III, § 2.

Authors Cited

Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Concluding Document of the Vienna Meeting 1986*, Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989.
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Final Act*, 14 I.L.M. 1292 (1975).
 de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
 Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
 European Community. Declaration. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).
 Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 25, 35, 52(1), (2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)(a), (d), (2).
Magna Carta (1215).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 27].
Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (1979), art. 2.
Traité instituant la Communauté européenne, art. 228(6).

Doctrine citée

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
 Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977.
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.
 de Smith, S. A. «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
 Doehring, Karl. «Self-Determination». In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
 Favoreu, Louis. «American and European Models of Constitutional Justice». In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

- MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155.
- Pope, Joseph, ed. *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 1895.
- 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.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995.
- United Nations. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.
- Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.
- Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.
- MacLauchlan, H. Wade. «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.
- Nations Unies. Assemblée générale. *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.
- Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.
- Wade, H. W. R. «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172.
- Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the secession of Quebec from Canada.

L. Yves Fortier, Q.C., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, Q.C., and Mary Dawson, Q.C., for the Attorney General of Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard and Martin St-Amant, for the amicus curiae.

Donna J. Miller, Q.C., and Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell and John D. Whyte, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Bernard W. Funston, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

L. Yves Fortier, c.r., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, c.r., et Mary Dawson, c.r., pour le procureur général du Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard et Martin St-Amant, pour l'amicus curiae.

Donna J. Miller, c.r., et Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell et John D. Whyte, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

Stuart J. Whitley, Q.C., and Howard L. Kushner, for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

Agnès Laporte and Richard Gaudreau, for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe and Andrew Orkin, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins and Carol Hilling, for the intervener the Makivik Corporation.

Michael Sherry, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Raj Anand and M. Kate Stephenson, for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council.

Mary Eberts and Anne Bayefsky, for the intervener the *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand and Patrick Monahan, for the intervener Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, on his own behalf.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This Reference requires us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. The observation we made more than a decade ago in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (*Manitoba Language Rights Reference*), at p. 728, applies with equal force here: as in that case, the present one “combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity

Stuart J. Whitley, c.r., et Howard L. Kushner, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.

Agnès Laporte et Richard Gaudreau, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe et Andrew Orkin, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins et Carol Hilling, pour l'intervenante la Corporation Makivik.

Michael Sherry, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Raj Anand et M. Kate Stephenson, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

Mary Eberts et Anne Bayefsky, pour l'intervenant *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand et Patrick Monahan, pour l'intervenant Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et

with political questions of great sensitivity". In our view, it is not possible to answer the questions that have been put to us without a consideration of a number of underlying principles. An exploration of the meaning and nature of these underlying principles is not merely of academic interest. On the contrary, such an exploration is of immense practical utility. Only once those underlying principles have been examined and delineated may a considered response to the questions we are required to answer emerge.

complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrions donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

2 The questions posed by the Governor in Council by way of Order in Council P.C. 1996-1497, dated September 30, 1996, read as follows:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

3 Before turning to Question 1, as a preliminary matter, it is necessary to deal with the issues raised with regard to this Court's reference jurisdiction.

Avant d'aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

II. The Preliminary Objections to the Court's Reference Jurisdiction

II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

4 The *amicus curiae* argued that s. 101 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the authority to grant this Court the jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26*. Alternatively, it is submitted that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the scope of that section

L'*amicus curiae* soutient que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26*. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour*

should be interpreted to exclude the kinds of questions the Governor in Council has submitted in this Reference. In particular, it is contended that this Court cannot answer Question 2, since it is a question of “pure” international law over which this Court has no jurisdiction. Finally, even if this Court’s reference jurisdiction is constitutionally valid, and even if the questions are within the purview of s. 53 of the *Supreme Court Act*, it is argued that the three questions referred to the Court are speculative, of a political nature, and, in any event, are not ripe for judicial decision, and therefore are not justiciable.

Notwithstanding certain formal objections by the Attorney General of Canada, it is our view that the *amicus curiae* was within his rights to make the preliminary objections, and that we should deal with them.

A. *The Constitutional Validity of Section 53 of the Supreme Court Act*

In *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*), the constitutionality of this Court’s special jurisdiction was twice upheld. The Court is asked to revisit these decisions. In light of the significant changes in the role of this Court since 1912, and the very important issues raised in this Reference, it is appropriate to reconsider briefly the constitutional validity of the Court’s reference jurisdiction.

Section 3 of the *Supreme Court Act* establishes this Court both as a “general court of appeal” for Canada and as an “additional court for the better administration of the laws of Canada”. These two roles reflect the two heads of power enumerated in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, the “laws of Canada” referred to in s. 101 consist only of federal law and statute: see *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2

suprême, le champ d’application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu’il s’agit d’une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n’a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d’application de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu’elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d’avis que l’*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

A. *La validité constitutionnelle de l’art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

Dans l’arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

L’article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d’appel pour l’ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’expression «lois du Canada» à l’art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper*

5

6

7

S.C.R. 1054, at pp. 1065-66. As a result, the phrase “additional courts” contained in s. 101 is an insufficient basis upon which to ground the special jurisdiction established in s. 53 of the *Supreme Court Act*, which clearly exceeds a consideration of federal law alone (see, e.g., s. 53(2)). Section 53 must therefore be taken as enacted pursuant to Parliament’s power to create a “general court of appeal” for Canada.

Co. c. Canadien Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l’expression «tribunaux additionnels» figurant à l’art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l’examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L’article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d’appel» pour le Canada.

8 Section 53 of the *Supreme Court Act* is *intra vires* Parliament’s power under s. 101 if, in “pith and substance”, it is legislation in relation to the constitution or organization of a “general court of appeal”. Section 53 is defined by two leading characteristics — it establishes an original jurisdiction in this Court and imposes a duty on the Court to render advisory opinions. Section 53 is therefore constitutionally valid only if (1) a “general court of appeal” may properly exercise an original jurisdiction; and (2) a “general court of appeal” may properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions.

L’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l’art. 101 si, de par son «caractère vérifiable», cette disposition législative concerne la création ou l’organisation d’une «cour générale d’appel». L’article 53 comporte deux volets principaux — il investit notre Cour d’une compétence de première instance et lui impose l’obligation de donner des avis consultatifs. L’article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer d’autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) May a Court of Appeal Exercise an Original Jurisdiction?

(1) Une cour d’appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

9 The words “general court of appeal” in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court’s functions. In most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, and, as such, is properly constituted as the “general court of appeal” for Canada. Moreover, it is clear that an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction.

Les mots «cour générale d’appel» à l’art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l’organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d’appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d’appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu’une cour d’appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n’est pas incompatible avec sa compétence en appel.

10 The English Court of Appeal, the U.S. Supreme Court and certain courts of appeal in Canada exercise an original jurisdiction in addition to their appellate functions. See *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), at p. 660; *Re Forest*

La Cour d’appel d’Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d’appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d’appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C.

and Registrar of Court of Appeal of Manitoba (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at p. 453; United States Constitution, art. III, § 2. Although these courts are not constituted under a head of power similar to s. 101, they certainly provide examples which suggest that there is nothing inherently self-contradictory about an appellate court exercising original jurisdiction on an exceptional basis.

It is also argued that this Court's original jurisdiction is unconstitutional because it conflicts with the original jurisdiction of the provincial superior courts and usurps the normal appellate process. However, Parliament's power to establish a general court of appeal pursuant to s. 101 is plenary, and takes priority over the province's power to control the administration of justice in s. 92(14). See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Thus, even if it could be said that there is any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal" provided, as discussed below, advisory functions are not to be considered inconsistent with the functions of a general court of appeal.

(2) May a Court of Appeal Undertake Advisory Functions?

The *amicus curiae* submits that

[TRANSLATION] [e]ither this constitutional power [to give the highest court in the federation jurisdiction to give advisory opinions] is expressly provided for by the Constitution, as is the case in India (*Constitution of India*, art. 143), or it is not provided for therein and so it simply does not exist. This is what the Supreme Court of the United States has held. [Emphasis added.]

654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

(2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

L'*amicus curiae* soutient

[o]u bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

13

However, the U.S. Supreme Court did not conclude that it was unable to render advisory opinions because no such express power was included in the United States Constitution. Quite the contrary, it based this conclusion on the express limitation in art. III, § 2 restricting federal court jurisdiction to actual “cases” or “controversies”. See, e.g., *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), at p. 362. This section reflects the strict separation of powers in the American federal constitutional arrangement. Where the “case or controversy” limitation is missing from their respective state constitutions, some American state courts do undertake advisory functions (e.g., in at least two states — Alabama and Delaware — advisory opinions are authorized, in certain circumstances, by statute: see Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

14

In addition, the judicial systems in several European countries (such as Germany, France, Italy, Spain, Portugal and Belgium) include courts dedicated to the review of constitutional claims; these tribunals do not require a concrete dispute involving individual rights to examine the constitutionality of a new law — an “abstract or objective question” is sufficient. See L. Favoreu, “American and European Models of Constitutional Justice”, in D. S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, at p. 113. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights also all enjoy explicit grants of jurisdiction to render advisory opinions. See *Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6); Protocol No. 2 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Europ. T.S. No. 5, p. 36; *Statute of the Inter-American Court of Human Rights*, Art. 2. There is no plausible basis on which to conclude that a court is, by its nature, inherently precluded from undertaking

Cependant, la Cour suprême des États-Unis n’a pas conclu qu’elle n’était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu’aucun pouvoir exprès à cet effet n’était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l’art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («cases») ou «différends» («controversies») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n’est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins — l’Alabama et le Delaware — la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l’Allemagne, la France, l’Italie, l’Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l’examen des affaires constitutionnelles. L’existence d’un différend concret mettant en jeu des droits individuels n’est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d’une nouvelle règle de droit, une [TRADUCTION] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole n° 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. n° 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme*, art. 2. Il n’existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu’une cour de

another legal function in tandem with its judicial duties.

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role. The legislative grant of reference jurisdiction found in s. 53 of the *Supreme Court Act* is therefore constitutionally valid.

B. *The Court's Jurisdiction Under Section 53*

Section 53 provides in its relevant parts as follows:

53. (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(a) the interpretation of the *Constitution Acts*;

(d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

(2) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the enumerations contained in subsection (1), with reference to which the Governor in Council sees fit to submit any such question.

(3) Any question concerning any of the matters mentioned in subsections (1) and (2), and referred to the

justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide.

B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

Les passages pertinents de l'art. 53 disposent:

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être impor-

Court by the Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

17 It is argued that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the questions submitted by the Governor in Council fall outside the scope of that section.

18 This submission cannot be accepted. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Question 1 and Question 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are clearly “important questions of law or fact concerning any matter” so that they must come within s. 53(2).

19 However, the *amicus curiae* has also raised some specific concerns regarding this Court’s jurisdiction to answer Question 2. The question, on its face, falls within the scope of s. 53, but the concern is a more general one with respect to the jurisdiction of this Court, as a domestic tribunal, to answer what is described as a question of “pure” international law.

20 The first contention is that in answering Question 2, the Court would be exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The simple answer to this submission is that this Court would not, in providing an advisory opinion in the context of a reference, be purporting to “act as” or substitute itself for an international tribunal. In accordance with well accepted principles of international law, this Court’s answer to Question 2 would not purport to bind any other state or international tribunal that might subsequently consider a similar question. The Court nevertheless has jurisdiction to provide an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation.

tantes quand elles sont ainsi déferées à la Cour par le gouverneur en conseil.

On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n’entrent pas dans le champ d’application de cet article.

Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l’interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l’al. 53(1)(a). La question 1 et la question 2 relèvent l’une et l’autre de l’al. 53(1)(d), puisqu’elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d’une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

Toutefois, l’*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l’égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d’application de l’art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu’il décrit comme étant une question de droit international «pur».

Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n’est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d’examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l’avenir de la fédération canadienne.

Second, there is a concern that Question 2 is beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law.

This concern is groundless. In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system. For example, in *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208, the Court was required to determine whether, taking into account the principles of international law with respect to diplomatic immunity, a municipal council had the power to levy rates on certain properties owned by foreign governments. In two subsequent references, this Court used international law to determine whether the federal government or a province possessed proprietary rights in certain portions of the territorial sea and continental shelf (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86).

More importantly, Question 2 of this Reference does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the National Assembly, legislature or government of Quebec, institutions that clearly exist as part of the Canadian legal order. As will be seen, the *amicus curiae* himself submitted that the success of any initiative on the part of Quebec to secede from the Canadian federation would be governed by international law. In these circumstances, a consideration of international law in the context of this Reference about the legal aspects of the unilateral secession of Quebec is not only permissible but unavoidable.

C. *Justiciability*

It is submitted that even if the Court has jurisdiction over the questions referred, the questions

Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne.

Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86).

En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable.

C. *La justiciabilité*

On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions

21

22

23

24

themselves are not justiciable. Three main arguments are raised in this regard:

- (1) the questions are not justiciable because they are too “theoretical” or speculative;
- (2) the questions are not justiciable because they are political in nature;
- (3) the questions are not yet ripe for judicial consideration.

25

In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet “ripe” for decision.

26

Though a reference differs from the Court’s usual adjudicative function, the Court should not, even in the context of a reference, entertain questions that would be inappropriate to answer. However, given the very different nature of a reference, the question of the appropriateness of answering a question should not focus on whether the dispute is formally adversarial or whether it disposes of cognizable rights. Rather, it should consider whether the dispute is appropriately addressed by a court of law. As we stated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545:

While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court’s primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. . . . In considering its

elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard:

- (1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;
- (2) les questions ne sont pas justiciables parce qu’elles sont de nature politique;
- (3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Dans le contexte d’un renvoi, la Cour n’exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d’être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d’un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d’un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d’un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d’un renvoi, pour décider de l’opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s’attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s’il vise à trancher des droits pouvant faire l’objet d’un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s’il s’agit d’un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l’avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

Quoiqu’une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu’en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour

appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. [Emphasis added.]

Thus the circumstances in which the Court may decline to answer a reference question on the basis of “non-justiciability” include:

- (i) if to do so would take the Court beyond its own assessment of its proper role in the constitutional framework of our democratic form of government or
- (ii) if the Court could not give an answer that lies within its area of expertise: the interpretation of law.

As to the “proper role” of the Court, it is important to underline, contrary to the submission of the *amicus curiae*, that the questions posed in this Reference do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions posed by the Governor in Council, as we interpret them, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. The attempted analogy to the U.S. “political questions” doctrine therefore has no application. The legal framework having been clarified, it will be for the population of Quebec, acting through the political process, to decide whether or not to pursue secession. As will be seen, the legal framework involves the rights and obligations of Canadians who live outside the province of Quebec, as well as those who live within Quebec.

As to the “legal” nature of the questions posed, if the Court is of the opinion that it is being asked a question with a significant extralegal component, it may interpret the question so as to answer only its legal aspects; if this is not possible, the Court may decline to answer the question. In the present

doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [...] En s’enquérant du rôle qu’elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu’on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l’intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

- (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu’elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou
- (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d’expertise: l’interprétation du droit.

Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l’*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d’usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L’analogie qu’on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s’applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et obligations tant des Canadiens qui vivent à l’extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d’avis qu’une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu’à ses aspects juridiques. Si cela n’est pas possible, la Cour peut

Reference the questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, and, so interpreted, the Court is in a position to answer them.

29 Finally, we turn to the proposition that even though the questions referred to us are justiciable in the “reference” sense, the Court must still determine whether it should exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis.

30 Generally, the instances in which the Court has exercised its discretion to refuse to answer a reference question that is otherwise justiciable can be broadly divided into two categories. First, where the question is too imprecise or ambiguous to permit a complete or accurate answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), at para. 256. Second, where the parties have not provided sufficient information to allow the Court to provide a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (*Senate Reference*); *Provincial Judges Reference*, at para. 257.

31 There is no doubt that the questions posed in this Reference raise difficult issues and are susceptible to varying interpretations. However, rather than refusing to answer at all, the Court is guided by the approach advocated by the majority on the “conventions” issue in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*), at pp. 875-76:

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a

refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d’y répondre.

Enfin, il reste l’argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu’elles peuvent faire l’objet d’un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d’y répondre pour des raisons d’ordre pragmatique.

De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu’il soit possible d’y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n’ont pas fourni suffisamment d’information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d’interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d’y répondre, la Cour est guidée par l’approche préconisée par la majorité à l’égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une

worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question . . . or it may qualify both the question and the answer. . . .

The Reference questions raise issues of fundamental public importance. It cannot be said that the questions are too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor can it be said that the Court has been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Thus, the Court is duty bound in the circumstances to provide its answers.

III. Reference Questions

A. Question 1

Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

(1) Introduction

As we confirmed in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806, “The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable.” The “Constitution of Canada” certainly includes the constitutional texts enumerated in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Although these texts have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive. The Constitution also “embraces unwritten, as well as written rules”, as we recently observed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 92. Finally, as was said in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 874, the Constitution of Canada includes

the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state.

situation pire que celle d’un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu’une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d’interpréter la question [. . .] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu’il soit possible d’y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n’a pas reçu suffisamment d’information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d’y répondre.

III. Les questions du renvoi

A. Question 1

L’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

(1) Introduction

Comme nous l’avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n’est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites — et écrites —», comme nous l’avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l’exercice des pouvoirs constitutionnels dans l’ensemble et dans chaque partie de l’État canadien.

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution. In order to endure over time, a constitution must contain a comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government. Such principles and rules emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning. In our view, there are four fundamental and organizing principles of the Constitution which are relevant to addressing the question before us (although this enumeration is by no means exhaustive): federalism; democracy; constitutionalism and the rule of law; and respect for minorities. The foundation and substance of these principles are addressed in the following paragraphs. We will then turn to their specific application to the first reference question before us.

(2) Historical Context: The Significance of Confederation

33 In our constitutional tradition, legality and legitimacy are linked. The precise nature of this link will be discussed below. However, at this stage, we wish to emphasize only that our constitutional history demonstrates that our governing institutions have adapted and changed to reflect changing social and political values. This has generally been accomplished by methods that have ensured continuity, stability and legal order.

34 Because this Reference deals with questions fundamental to the nature of Canada, it should not be surprising that it is necessary to review the context in which the Canadian union has evolved. To this end, we will briefly describe the legal evolution of the Constitution and the foundational principles governing constitutional amendments. Our purpose is not to be exhaustive, but to highlight the features most relevant in the context of this Reference.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

(2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrivons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.

Confederation was an initiative of elected representatives of the people then living in the colonies scattered across part of what is now Canada. It was not initiated by Imperial *fiat*. In March 1864, a select committee of the Legislative Assembly of the Province of Canada, chaired by George Brown, began to explore prospects for constitutional reform. The committee's report, released in June 1864, recommended that a federal union encompassing Canada East and Canada West, and perhaps the other British North American colonies, be pursued. A group of Reformers from Canada West, led by Brown, joined with Étienne P. Taché and John A. Macdonald in a coalition government for the purpose of engaging in constitutional reform along the lines of the federal model proposed by the committee's report.

An opening to pursue federal union soon arose. The leaders of the maritime colonies had planned to meet at Charlottetown in the fall to discuss the perennial topic of maritime union. The Province of Canada secured invitations to send a Canadian delegation. On September 1, 1864, 23 delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, five from Prince Edward Island, and eight from the Province of Canada) met in Charlottetown. After five days of discussion, the delegates reached agreement on a plan for federal union.

The salient aspects of the agreement may be briefly outlined. There was to be a federal union featuring a bicameral central legislature. Representation in the Lower House was to be based on population, whereas in the Upper House it was to be based on regional equality, the regions comprising Canada East, Canada West and the Maritimes. The significance of the adoption of a federal form of government cannot be exaggerated. Without it, neither the agreement of the delegates from Canada East nor that of the delegates from the maritime colonies could have been obtained.

Several matters remained to be resolved, and so the Charlottetown delegates agreed to meet again at Quebec in October, and to invite Newfoundland

La Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel. Elle ne résulte pas d'un *fiat* impérial. En mars 1864, un comité spécial de l'Assemblée législative de la province du Canada, présidé par George Brown, commence à examiner les possibilités de réforme constitutionnelle. Dans son rapport, déposé en juin 1864, le comité recommande l'établissement d'une union fédérale formée du Canada-Est, du Canada-Ouest et peut-être d'autres colonies britanniques en Amérique du Nord. Un groupe de réformistes du Canada-Ouest, dirigés par Brown, se joint à Étienne P. Taché et John A. Macdonald dans un gouvernement de coalition afin d'entreprendre une réforme constitutionnelle selon le modèle fédéral proposé dans le rapport du comité.

Une occasion se présente rapidement de donner suite au projet d'union fédérale. Les leaders des colonies des Maritimes projettent en effet de se rencontrer à Charlottetown à l'automne pour discuter à nouveau de l'union des Maritimes. La province du Canada obtient l'invitation d'une délégation canadienne. Le 1^{er} septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus.

Comme il reste plusieurs questions à régler, les délégués de Charlottetown conviennent de se réunir de nouveau à Québec en octobre et d'inviter

35

36

37

38

to send a delegation to join them. The Quebec Conference began on October 10, 1864. Thirty-three delegates (two from Newfoundland, seven from New Brunswick, five from Nova Scotia, seven from Prince Edward Island, and twelve from the Province of Canada) met over a two and a half week period. Precise consideration of each aspect of the federal structure preoccupied the political agenda. The delegates approved 72 resolutions, addressing almost all of what subsequently made its way into the final text of the *Constitution Act, 1867*. These included guarantees to protect French language and culture, both directly (by making French an official language in Quebec and Canada as a whole) and indirectly (by allocating jurisdiction over education and "Property and Civil Rights in the Province" to the provinces). The protection of minorities was thus reaffirmed.

Terre-Neuve à y envoyer une délégation. La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l'Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province»). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.

39 Legally, there remained only the requirement to have the Quebec Resolutions put into proper form and passed by the Imperial Parliament in London. However, politically, it was thought that more was required. Indeed, Resolution 70 provided that "The Sanction of the Imperial and Local Parliaments shall be sought for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference." (Cited in J. Pope, ed., *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act (1895)*, at p. 52 (emphasis added).)

Légalement, il ne reste qu'à mettre les Résolutions de Québec sous une forme appropriée et à les faire adopter par le Parlement impérial à Londres. Politiquement, toutefois, on estime qu'il reste davantage à faire. De fait, la résolution 70 dit ceci: «L'on devra réclamer la sanction du parlement impérial et des parlements locaux, pour l'union des provinces, sur les principes adoptés par la convention.» (*Débats parlementaires sur la question de la Confédération (1865)*, à la p. 5 (nous soulignons).)

40 Confirmation of the Quebec Resolutions was achieved more smoothly in central Canada than in the Maritimes. In February and March 1865, the Quebec Resolutions were the subject of almost six weeks of sustained debate in both houses of the Canadian legislature. The Canadian Legislative Assembly approved the Quebec Resolutions in March 1865 with the support of a majority of members from both Canada East and Canada West. The governments of both Prince Edward Island and Newfoundland chose, in accordance with popular sentiment in both colonies, not to accede to the Quebec Resolutions. In New Brunswick, a general election was required before Premier Tilley's pro-Confederation party prevailed. In Nova Scotia,

La confirmation des Résolutions de Québec est obtenue plus facilement dans le Canada central que dans les Maritimes. En février et en mars 1865, les Résolutions de Québec sont débattues de façon soutenue pendant près de six semaines par les deux chambres de la législature canadienne. L'Assemblée législative canadienne approuve les Résolutions de Québec en mars 1865, avec l'appui d'une majorité de députés tant du Canada-Est que du Canada-Ouest. Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard et celui de Terre-Neuve choisissent, conformément au sentiment populaire dans ces colonies, de ne pas donner leur assentiment aux Résolutions de Québec. Au Nouveau-Brunswick, une élection générale doit être tenue avant

Premier Tupper ultimately obtained a resolution from the House of Assembly favouring Confederation.

Sixteen delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, and six from the Province of Canada) met in London in December 1866 to finalize the plan for Confederation. To this end, they agreed to some slight modifications and additions to the Quebec Resolutions. Minor changes were made to the distribution of powers, provision was made for the appointment of extra senators in the event of a deadlock between the House of Commons and the Senate, and certain religious minorities were given the right to appeal to the federal government where their denominational school rights were adversely affected by provincial legislation. The British North America Bill was drafted after the London Conference with the assistance of the Colonial Office, and was introduced into the House of Lords in February 1867. The Act passed third reading in the House of Commons on March 8, received royal assent on March 29, and was proclaimed on July 1, 1867. The Dominion of Canada thus became a reality.

There was an early attempt at secession. In the first Dominion election in September 1867, Premier Tupper's forces were decimated: members opposed to Confederation won 18 of Nova Scotia's 19 federal seats, and in the simultaneous provincial election, 36 of the 38 seats in the provincial legislature. Newly-elected Premier Joseph Howe led a delegation to the Imperial Parliament in London in an effort to undo the new constitutional arrangements, but it was too late. The Colonial Office rejected Premier Howe's plea to permit Nova Scotia to withdraw from Confederation. As the Colonial Secretary wrote in 1868:

que le parti pro-confédération du premier ministre Tilley l'emporte. En Nouvelle-Écosse, le premier ministre Tupper obtient finalement une résolution de la Chambre d'assemblée en faveur de la Confédération.

Seize délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse et six de la province du Canada) se rencontrent à Londres, en décembre 1866, pour finaliser le projet de Confédération. À cette fin, ils conviennent d'apporter de légers changements et ajouts aux Résolutions de Québec. Des modifications mineures sont faites au partage des pouvoirs, on pourvoit à la nomination de sénateurs supplémentaires en cas d'impasse entre la Chambre des communes et le Sénat, et on accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'écoles confessionnelles. Le projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique est rédigé après la Conférence de Londres, avec l'aide du ministère britannique des Affaires coloniales, et déposé à la Chambre des lords en février 1867. L'Acte, adopté en troisième lecture à la Chambre des communes le 8 mars 1867, reçoit la sanction royale le 29 mars et est proclamé le 1^{er} juillet de la même année. Le Dominion du Canada est devenu une réalité.

Il y a très tôt une tentative de sécession. Le parti du premier ministre Tupper est décimé dans la première élection fédérale en septembre 1867. Les députés opposés à la Confédération remportent 18 des 19 sièges fédéraux de la Nouvelle-Écosse, et 36 des 38 sièges à la législature provinciale au cours des élections provinciales tenues au même moment. Le premier ministre nouvellement élu, Joseph Howe, se rend au parlement impérial à Londres, à la tête d'une délégation, dans le but de faire annuler les arrangements constitutionnels, mais il est trop tard. Le ministère des Affaires coloniales rejette la requête du premier ministre Howe demandant que la Nouvelle-Écosse soit autorisée à se retirer de la Confédération. Voici ce qu'écrit le secrétaire aux Affaires coloniales en 1868:

41

42

The neighbouring province of New Brunswick has entered into the union in reliance on having with it the sister province of Nova Scotia; and vast obligations, political and commercial, have already been contracted on the faith of a measure so long discussed and so solemnly adopted. . . . I trust that the Assembly and the people of Nova Scotia will not be surprised that the Queen's government feel that they would not be warranted in advising the reversal of a great measure of state, attended by so many extensive consequences already in operation. . . .

(Quoted in H. Wade MacLauchlan, "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155, at p. 168.)

The interdependence characterized by "vast obligations, political and commercial", referred to by the Colonial Secretary in 1868, has, of course, multiplied immeasurably in the last 130 years.

43

Federalism was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today. At Confederation, political leaders told their respective communities that the Canadian union would be able to reconcile diversity with unity. It is pertinent, in the context of the present Reference, to mention the words of George-Étienne Cartier (cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 60):

Now, when we [are] united together, if union [is] attained, we [shall] form a political nationality with which neither the national origin, nor the religion of any individual, [will] interfere. It was lamented by some that we had this diversity of races, and hopes were expressed that this distinctive feature would cease. The idea of unity of races [is] utopian — it [is] impossible. Distinctions of this kind [will] always exist. Dissimilarity, in fact, appear[s] to be the order of the physical world and of the moral world, as well as in the political world. But with regard to the objection based on this fact, to the effect that a great nation [can]not be formed because Lower Canada [is] in great part French and Catholic, and Upper Canada [is] British and Protestant, and the Lower Provinces [are] mixed, it [is] futile and worthless in the extreme. . . . In our own Federation we [will] have

[TRANSLATION] La province voisine, le Nouveau-Brunswick, est entrée dans l'union en comptant sur la participation de la province-sœur, la Nouvelle-Écosse; de plus, de vastes obligations, politiques et commerciales, ont déjà été contractées sur la foi d'une mesure longuement négociée et adoptée solennellement. [. . .] Je suis confiant que l'Assemblée et les habitants de la Nouvelle-Écosse ne seront pas surpris du fait que le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne serait pas justifié de conseiller l'annulation d'une grande mesure étatique, qui a tant de conséquences considérables produisant déjà leurs effets. . . .

(Propos cités dans H. Wade MacLauchlan, «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155, à la p. 168.)

L'interdépendance caractérisée par de «vastes obligations politiques et commerciales», dont fait mention le secrétaire aux Affaires Coloniales en 1868, s'est évidemment accrue de façon incommensurable au cours des 130 dernières années.

Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. Il est pertinent, dans le contexte du présent renvoi, de faire état des propos de George-Étienne Cartier (cités dans les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, *op. cit.*, à la p. 59):

Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. Il en est qui ont regretté qu'il y eut diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [. . .] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et

Catholic and Protestant, English, French, Irish and Scotch, and each by his efforts and his success [will] increase the prosperity and glory of the new Confederacy. . . . [W]e [are] of different races, not for the purpose of warring against each other, but in order to compete and emulate for the general welfare.

The federal-provincial division of powers was a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation, and manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation by granting significant powers to provincial governments. The *Constitution Act, 1867* was an act of nation-building. It was the first step in the transition from colonies separately dependent on the Imperial Parliament for their governance to a unified and independent political state in which different peoples could resolve their disagreements and work together toward common goals and a common interest. Federalism was the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity.

A federal-provincial division of powers necessitated a written constitution which circumscribed the powers of the new Dominion and Provinces of Canada. Despite its federal structure, the new Dominion was to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (*Constitution Act, 1867*, preamble). Allowing for the obvious differences between the governance of Canada and the United Kingdom, it was nevertheless thought important to thus emphasize the continuity of constitutional principles, including democratic institutions and the rule of law; and the continuity of the exercise of sovereign power transferred from Westminster to the federal and provincial capitals of Canada.

After 1867, the Canadian federation continued to evolve both territorially and politically. New territories were admitted to the union and new provinces were formed. In 1870, Rupert’s Land and the Northwest Territories were admitted and Manitoba was formed as a province. British Columbia was admitted in 1871, Prince Edward Island in 1873,

des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être.

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation en accordant d’importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d’édification d’une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d’objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

Le partage des pouvoirs au sein de la fédération nécessitait une constitution écrite délimitant les pouvoirs du nouveau Dominion et des provinces du Canada. Malgré sa structure fédérale, le nouveau Dominion allait être doté d’«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» (*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule). Malgré les différences évidentes dans les structures gouvernementales du Canada et du Royaume Uni, on estimait important néanmoins de souligner la continuité des principes constitutionnels, notamment les institutions démocratiques et la primauté du droit, ainsi que la continuité de l’exercice du pouvoir souverain transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada.

Après 1867, la fédération canadienne continue à évoluer tant sur le plan territorial que sur le plan politique. De nouveaux territoires sont admis dans l’union et de nouvelles provinces sont formées. En 1870, la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest sont admis et le Manitoba est constitué en province. La Colombie-Britannique est admise en

44

45

and the Arctic Islands were added in 1880. In 1898, the Yukon Territory and in 1905, the provinces of Alberta and Saskatchewan were formed from the Northwest Territories. Newfoundland was admitted in 1949 by an amendment to the *Constitution Act, 1867*. The new territory of Nunavut was carved out of the Northwest Territories in 1993 with the partition to become effective in April 1999.

1871 et l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, et les îles de l'Arctique sont ajoutées en 1880. Le territoire du Yukon, en 1898, et les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan, en 1905, sont taillés à même les Territoires du Nord-Ouest. Terre-Neuve est admise en 1949 par modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le nouveau territoire du Nunavut est découpé dans les Territoires du Nord-Ouest en 1993, cette partition prenant effet à compter d'avril 1999.

46

Canada's evolution from colony to fully independent state was gradual. The Imperial Parliament's passage of the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, confirmed in law what had earlier been confirmed in fact by the Balfour Declaration of 1926, namely, that Canada was an independent country. Thereafter, Canadian law alone governed in Canada, except where Canada expressly consented to the continued application of Imperial legislation. Canada's independence from Britain was achieved through legal and political evolution with an adherence to the rule of law and stability. The proclamation of the *Constitution Act, 1982* removed the last vestige of British authority over the Canadian Constitution and re-affirmed Canada's commitment to the protection of its minority, aboriginal, equality, legal and language rights, and fundamental freedoms as set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale. Le Canada a réalisé son indépendance de la Grande-Bretagne au moyen d'une évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité. La proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982* a éliminé les derniers vestiges de l'autorité britannique sur la Constitution canadienne et réaffirmé l'engagement du Canada envers la protection des droits des minorités et des autochtones, du droit à l'égalité, des droits linguistiques, des garanties juridiques et des libertés fondamentales énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

47

Legal continuity, which requires an orderly transfer of authority, necessitated that the 1982 amendments be made by the Westminster Parliament, but the legitimacy as distinguished from the formal legality of the amendments derived from political decisions taken in Canada within a legal framework which this Court, in the *Patriation Reference*, had ruled was in accordance with our Constitution. It should be noted, parenthetically, that the 1982 amendments did not alter the basic division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, which is the primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution,

Pour assurer la continuité juridique, qui requiert un transfert ordonné des pouvoirs, les modifications de 1982 devaient être apportées par le Parlement de Westminster. Toutefois, la légitimité de ces modifications, par opposition à leur légalité formelle, découlait de décisions politiques prises au Canada, dans un cadre juridique que notre Cour avait déclaré conforme à la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif au rapatriement*. Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale

agreed upon at Confederation. It did, however, have the important effect that, despite the refusal of the government of Quebec to join in its adoption, Quebec has become bound to the terms of a Constitution that is different from that which prevailed previously, particularly as regards provisions governing its amendment, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the latter, to the extent that the scope of legislative powers was thereafter to be constrained by the *Charter*, the constraint operated as much against federal legislative powers as against provincial legislative powers. Moreover, it is to be remembered that s. 33, the “notwithstanding clause”, gives Parliament and the provincial legislatures authority to legislate on matters within their jurisdiction in derogation of the fundamental freedoms (s. 2), legal rights (ss. 7 to 14) and equality rights (s. 15) provisions of the *Charter*.

We think it apparent from even this brief historical review that the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability. We now turn to a discussion of the general constitutional principles that bear on the present Reference.

(3) Analysis of the Constitutional Principles

(a) *Nature of the Principles*

What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the

expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d’une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s’applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu’aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l’art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d’adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l’égalité (art. 15).

Nous estimons qu’il ressort de façon évidente, même d’un aussi bref rappel historique, que l’évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l’adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l’insistance sur le maintien par les gouvernements d’une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l’analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

(3) L’analyse des principes constitutionnels

a) *La nature des principes*

Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d’évolution. Derrière l’écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L’analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels

four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other.

fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.

50 Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a "basic constitutional structure". The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole. As we recently emphasized in the *Provincial Judges Reference*, certain underlying principles infuse our Constitution and breathe life into it. Speaking of the rule of law principle in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 750, we held that "the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution". The same may be said of the other three constitutional principles we underscore today.

Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

51 Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood.

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

52 The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions. Equally important, observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a "living tree", to invoke the famous description in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. As this Court indicated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, Canadians have long recognized the

Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] «arbre vivant» selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens

existence and importance of unwritten constitutional principles in our system of government.

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as “organizing principles” and described one of them, judicial independence, as an “unwritten norm”) could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. However, we also observed in the *Provincial Judges Reference* that the effect of the preamble to the *Constitution Act, 1867* was to incorporate certain constitutional principles by reference, a point made earlier in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble “invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text”.

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have “full legal force”, as we described it in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. “In other words”, as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 752,

reconnaissent depuis longtemps l’existence et l’importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

Étant donné l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l’opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l’un d’eux, l’indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n’est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu’il existe des raisons impératives d’insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d’incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l’action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d’une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d’autres termes», comme l’affirme notre Cour

“in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”. It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn.

(b) *Federalism*

55 It is undisputed that Canada is a federal state. Yet many commentators have observed that, according to the precise terms of the *Constitution Act, 1867*, the federal system was only partial. See, e.g., K. C. Wheare, *Federal Government* (4th ed. 1963), at pp. 18-20. This was so because, on paper, the federal government retained sweeping powers which threatened to undermine the autonomy of the provinces. Here again, however, a review of the written provisions of the Constitution does not provide the entire picture. Our political and constitutional practice has adhered to an underlying principle of federalism, and has interpreted the written provisions of the Constitution in this light. For example, although the federal power of disallowance was included in the *Constitution Act, 1867*, the underlying principle of federalism triumphed early. Many constitutional scholars contend that the federal power of disallowance has been abandoned (e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 120).

56 In a federal system of government such as ours, political power is shared by two orders of government: the federal government on the one hand, and the provinces on the other. Each is assigned respective spheres of jurisdiction by the *Constitution Act, 1867*. See, e.g., *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 441-42. It is up to the courts “to control the limits of the respective sovereignties”: *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. In interpreting our Constitution, the courts have always been concerned with the federalism principle, inherent in the structure of our constitutional

dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

b) *Le fédéralisme*

On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4^e éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. 1997), à la p. 120).

Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribu-

arrangements, which has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided.

This underlying principle of federalism, then, has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution. In the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 905-9, we confirmed that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada. Indeed, Martland and Ritchie JJ., dissenting in the *Patriation Reference*, at p. 821, considered federalism to be “the dominant principle of Canadian constitutional law”. With the enactment of the *Charter*, that proposition may have less force than it once did, but there can be little doubt that the principle of federalism remains a central organizational theme of our Constitution. Less obviously, perhaps, but certainly of equal importance, federalism is a political and legal response to underlying social and political realities.

The principle of federalism recognizes the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity. The scheme of the *Constitution Act, 1867*, it was said in *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942, was

not to weld the Provinces into one, nor to subordinate Provincial Governments to a central authority, but to establish a central government in which these Provinces should be represented, entrusted with exclusive authority only in affairs in which they had a common interest. Subject to this each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head.

naux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

More recently, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1047, the majority of this Court held that differences between provinces “are a rational part of the political reality in the federal process”. It was referring to the differential application of federal law in individual provinces, but the point applies more generally. A unanimous Court expressed similar views in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 287-88.

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d’un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l’application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

59 The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d’objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C’est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n’est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d’une structure fédérale pour l’union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l’expérience de l’*Acte d’Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l’époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d’exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

60 Federalism was also welcomed by Nova Scotia and New Brunswick, both of which also affirmed their will to protect their individual cultures and their autonomy over local matters. All new provinces joining the federation sought to achieve similar objectives, which are no less vigorously pursued by the provinces and territories as we approach the new millennium.

La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l’approche du nouveau millénaire.

(c) *Democracy*

c) *La démocratie*

61 Democracy is a fundamental value in our constitutional law and political culture. While it has

La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu’il ait à

both an institutional and an individual aspect, the democratic principle was also argued before us in the sense of the supremacy of the sovereign will of a people, in this case potentially to be expressed by Quebecers in support of unilateral secession. It is useful to explore in a summary way these different aspects of the democratic principle.

The principle of democracy has always informed the design of our constitutional structure, and continues to act as an essential interpretive consideration to this day. A majority of this Court in *OPSEU v. Ontario, supra*, at p. 57, confirmed that “the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels”. As is apparent from an earlier line of decisions emanating from this Court, including *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, and *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, the democracy principle can best be understood as a sort of baseline against which the framers of our Constitution, and subsequently, our elected representatives under it, have always operated. It is perhaps for this reason that the principle was not explicitly identified in the text of the *Constitution Act, 1867* itself. To have done so might have appeared redundant, even silly, to the framers. As explained in the *Provincial Judges Reference, supra*, at para. 100, it is evident that our Constitution contemplates that Canada shall be a constitutional democracy. Yet this merely demonstrates the importance of underlying constitutional principles that are nowhere explicitly described in our constitutional texts. The representative and democratic nature of our political institutions was simply assumed.

Democracy is commonly understood as being a political system of majority rule. It is essential to be clear what this means. The evolution of our democratic tradition can be traced back to the

la fois un aspect institutionnel et un aspect individuel, le principe démocratique a été invoqué dans le présent renvoi au sens de suprématie de la volonté souveraine d'un peuple, potentiellement exprimée dans ce cas par les Québécois en faveur d'une sécession unilatérale. Il est utile d'étudier brièvement ces divers aspects du principe démocratique.

Le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle. Dans notre arrêt *SEFPO c. Ontario*, précité, à la p. 57, les juges de la majorité ont confirmé que «la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial». Il ressort d'une série plus ancienne de décisions émanant de notre Cour, notamment *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, et *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, que, pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l'envisager comme l'assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi. C'est peut-être pour cette raison que ce principe n'est pas mentionné expressément dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru inutile, voire même saugrenu, aux rédacteurs. Comme l'explique le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 100, il est évident que notre Constitution établit au Canada un régime de démocratie constitutionnelle. Cela démontre l'importance des principes constitutionnels sous-jacents qui ne sont décrits expressément nulle part dans nos textes constitutionnels. Le caractère représentatif et démocratique de nos institutions politiques était tout simplement tenu pour acquis.

Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. L'évolution de notre tradition démocra-

Magna Carta (1215) and before, through the long struggle for Parliamentary supremacy which culminated in the English *Bill of Rights* of 1689, the emergence of representative political institutions in the colonial era, the development of responsible government in the 19th century, and eventually, the achievement of Confederation itself in 1867. “[T]he Canadian tradition”, the majority of this Court held in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 186, is “one of evolutionary democracy moving in uneven steps toward the goal of universal suffrage and more effective representation”. Since Confederation, efforts to extend the franchise to those unjustly excluded from participation in our political system — such as women, minorities, and aboriginal peoples — have continued, with some success, to the present day.

64

Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, as suggested in *Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 306, democracy is fundamentally connected to substantive goals, most importantly, the promotion of self-government. Democracy accommodates cultural and group identities: *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, at p. 188. Put another way, a sovereign people exercises its right to self-government through the democratic process. In considering the scope and purpose of the *Charter*, the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, articulated some of the values inherent in the notion of democracy (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.

65

In institutional terms, democracy means that each of the provincial legislatures and the federal Parliament is elected by popular franchise. These

tique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, puis l'émergence d'institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIX^e siècle et, finalement, l'avènement de la Confédération elle-même en 1867. «[L]e modèle canadien», selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est «une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective». Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés — notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones — se poursuivent avec un certain succès jusqu'à ce jour.

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l'indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (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.

En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage

legislatures, we have said, are “at the core of the system of representative government”: *New Brunswick Broadcasting, supra*, at p. 387. In individual terms, the right to vote in elections to the House of Commons and the provincial legislatures, and to be candidates in those elections, is guaranteed to “Every citizen of Canada” by virtue of s. 3 of the *Charter*. Historically, this Court has interpreted democracy to mean the process of representative and responsible government and the right of citizens to participate in the political process as voters (*Reference re Provincial Electoral Boundaries, supra*) and as candidates (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). In addition, the effect of s. 4 of the *Charter* is to oblige the House of Commons and the provincial legislatures to hold regular elections and to permit citizens to elect representatives to their political institutions. The democratic principle is affirmed with particular clarity in that s. 4 is not subject to the notwithstanding power contained in s. 33.

It is, of course, true that democracy expresses the sovereign will of the people. Yet this expression, too, must be taken in the context of the other institutional values we have identified as pertinent to this Reference. The relationship between democracy and federalism means, for example, that in Canada there may be different and equally legitimate majorities in different provinces and territories and at the federal level. No one majority is more or less “legitimate” than the others as an expression of democratic opinion, although, of course, the consequences will vary with the subject matter. A federal system of government enables different provinces to pursue policies responsive to the particular concerns and interests of people in that province. At the same time, Canada as a whole is also a democratic community in which citizens construct and achieve goals on a national scale through a federal government acting within the limits of its jurisdiction. The function of federalism is to enable citizens to participate concurrently in

populaire. Selon *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 387, ces assemblées législatives sont des «élément[s] essentiel[s] du système de gouvernement représentatif». Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d’être candidat à ces élections, sont garantis à «[t]out citoyen canadien» en vertu de l’art. 3 de la *Charte*. La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d’un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu’électeurs (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, précité), et en tant que candidats (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). En outre, l’art. 4 de la *Charte* a pour effet d’obliger la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d’élire des représentants aux diverses institutions politiques. Le principe démocratique est énoncé de façon particulièrement claire puisque l’art. 4 n’est pas sujet à l’exercice du pouvoir dérogatoire de l’art. 33.

Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu’au niveau fédéral. Aucune majorité n’est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu’expression de l’opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population. En même temps, le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique au sein de laquelle les citoyens poursuivent et réalisent des objectifs à l’échelle nationale, par l’intermédiaire d’un gouvernement fédéral agissant dans les

different collectivities and to pursue goals at both a provincial and a federal level.

67

The consent of the governed is a value that is basic to our understanding of a free and democratic society. Yet democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law. It is the law that creates the framework within which the “sovereign will” is to be ascertained and implemented. To be accorded legitimacy, democratic institutions must rest, ultimately, on a legal foundation. That is, they must allow for the participation of, and accountability to, the people, through public institutions created under the Constitution. Equally, however, a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the “sovereign will” or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values.

68

Finally, we highlight that a functioning democracy requires a continuous process of discussion. The Constitution mandates government by democratic legislatures, and an executive accountable to them, “resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas” (*Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 330). At both the federal and provincial level, by its very nature, the need to build majorities necessitates compromise, negotiation, and deliberation. No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solutions to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices.

limites de sa compétence. La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu’au niveau fédéral.

L’assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d’une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C’est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu’elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l’intermédiaire d’institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu’un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d’assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l’exclusion d’autres valeurs constitutionnelles.

Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d’une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [TRADUCTION] «un gouvernement [qui] repose en définitive sur l’expression de l’opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées» (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu’au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur

A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

The *Constitution Act, 1982* gives expression to this principle, by conferring a right to initiate constitutional change on each participant in Confederation. In our view, the existence of this right imposes a corresponding duty on the participants in Confederation to engage in constitutional discussions in order to acknowledge and address democratic expressions of a desire for change in other provinces. This duty is inherent in the democratic principle which is a fundamental predicate of our system of governance.

(d) *Constitutionalism and the Rule of Law*

The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of our system of government. The rule of law, as observed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, is “a fundamental postulate of our constitutional structure”. As we noted in the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 805-6, “[t]he ‘rule of law’ is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority”. At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that

la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emportent. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement.

d) *Le constitutionnalisme et la primauté du droit*

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [TRADUCTION] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». Nous avons noté, dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806, que «[l]a règle de droit est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale». À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous

69

70

71

the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. It was this second aspect of the rule of law that was primarily at issue in the *Manitoba Language Rights Reference* itself. A third aspect of the rule of law is, as recently confirmed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 10, that “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif». C’est principalement ce deuxième aspect de la primauté du droit qui était en cause dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* lui-même. Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l’a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit». En d’autres termes, les rapports entre l’État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d’une profonde importance constitutionnelle et politique.

72

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he 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.” Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy. The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions: indeed, their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L’essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d’autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l’adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l’exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l’autorité qu’ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d’autre source.

An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons.

First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally.

The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit "the people" in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis

Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté popu-

reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy.

76

Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer. Constitutional government is necessarily predicated on the idea that the political representatives of the people of a province have the capacity and the power to commit the province to be bound into the future by the constitutional rules being adopted. These rules are “binding” not in the sense of frustrating the will of a majority of a province, but as defining the majority which must be consulted in order to alter the fundamental balances of political power (including the spheres of autonomy guaranteed by the principle of federalism), individual rights, and minority rights in our society. Of course, those constitutional rules are themselves amenable to amendment, but only through a process of negotiation which ensures that there is an opportunity for the constitutionally defined rights of all the parties to be respected and reconciled.

77

In this way, our belief in democracy may be harmonized with our belief in constitutionalism. Constitutional amendment often requires some form of substantial consensus precisely because the content of the underlying principles of our Constitution demand it. By requiring broad support in the form of an “enhanced majority” to achieve constitutional change, the Constitution ensures that minority interests must be addressed before proposed changes which would affect them may be enacted.

78

It might be objected, then, that constitutionalism is therefore incompatible with democratic government. This would be an erroneous view. Constitutionalism facilitates — indeed, makes possible — a democratic political system by creating an orderly

laire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu’il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l’essence même d’une démocratie constitutionnelle.

Les Canadiens n’ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l’idée que les représentants politiques du peuple d’une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l’engagement pour l’avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les «lient» non pas en ce qu’elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu’elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l’équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d’autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d’assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.

De cette façon, il est possible d’allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l’exige. L’exigence d’un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l’adoption de changements qui les affecteront.

On pourrait alors objecter que constitutionnalisme est par conséquent incompatible avec gouvernement démocratique. Ce serait faux. Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un

framework within which people may make political decisions. Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it. Without that relationship, the political will upon which democratic decisions are taken would itself be undermined.

(e) *Protection of Minorities*

The fourth underlying constitutional principle we address here concerns the protection of minorities. There are a number of specific constitutional provisions protecting minority language, religion and education rights. Some of those provisions are, as we have recognized on a number of occasions, the product of historical compromises. As this Court observed in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, and in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 529-30, the protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated. See also *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 401-2, and *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. Similar concerns animated the provisions protecting minority language rights, as noted in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 564.

However, we highlight that even though those provisions were the product of negotiation and political compromise, that does not render them unprincipled. Rather, such a concern reflects a broader principle related to the protection of minority rights. Undoubtedly, the three other constitutional principles inform the scope and operation of the specific provisions that protect the rights of minorities. We emphasize that the protection of minority rights is itself an independent

cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée.

e) *La protection des minorités*

Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. Notre Cour a signalé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1173, et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 529 et 530, que la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. Voir aussi *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402, et *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités, comme le mentionne l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 564.

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la

principle underlying our constitutional order. The principle is clearly reflected in the *Charter's* provisions for the protection of minority rights. See, e.g., *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, and *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, et *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

81 The concern of our courts and governments to protect minorities has been prominent in recent years, particularly following the enactment of the *Charter*. Undoubtedly, one of the key considerations motivating the enactment of the *Charter*, and the process of constitutional judicial review that it entails, is the protection of minorities. However, it should not be forgotten that the protection of minority rights had a long history before the enactment of the *Charter*. Indeed, the protection of minority rights was clearly an essential consideration in the design of our constitutional structure even at the time of Confederation: *Senate Reference*, *supra*, at p. 71. Although Canada's record of upholding the rights of minorities is not a spotless one, that goal is one towards which Canadians have been striving since Confederation, and the process has not been without successes. The principle of protecting minority rights continues to exercise influence in the operation and interpretation of our Constitution.

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

82 Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples. The "promise" of s. 35, as it was termed in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1083, recognized not only the ancient occupation of land by aboriginal peoples, but their contribution to the building of Canada, and the special commitments made to them by successive governments. The protection of these rights, so recently and arduously achieved, whether looked at in their own right or as part of the larger concern with minorities,

Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La « promesse » de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si

reflects an important underlying constitutional value.

(4) The Operation of the Constitutional Principles in the Secession Context

Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane. In a federal state, secession typically takes the form of a territorial unit seeking to withdraw from the federation. Secession is a legal act as much as a political one. By the terms of Question 1 of this Reference, we are asked to rule on the legality of unilateral secession “[u]nder the Constitution of Canada”. This is an appropriate question, as the legality of unilateral secession must be evaluated, at least in the first instance, from the perspective of the domestic legal order of the state from which the unit seeks to withdraw. As we shall see below, it is also argued that international law is a relevant standard by which the legality of a purported act of secession may be measured.

The secession of a province from Canada must be considered, in legal terms, to require an amendment to the Constitution, which perforce requires negotiation. The amendments necessary to achieve a secession could be radical and extensive. Some commentators have suggested that secession could be a change of such a magnitude that it could not be considered to be merely an amendment to the Constitution. We are not persuaded by this contention. It is of course true that the Constitution is silent as to the ability of a province to secede from Confederation but, although the Constitution neither expressly authorizes nor prohibits secession, an act of secession would purport to alter the governance of Canadian territory in a manner which undoubtedly is inconsistent with our current constitutional arrangements. The fact that those changes would be profound, or that they would purport to have a significance with respect to inter-

laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l’importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

(4) L’application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession

La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d’un État cherche à se détacher de l’autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d’une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d’un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d’une entité territoriale de la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu’un acte politique. La question 1 du renvoi nous demande de statuer sur la légalité d’une sécession unilatérale «en vertu de la Constitution du Canada». La question est appropriée puisqu’elle comporte l’examen de la légalité d’une sécession unilatérale, en premier lieu du moins, du point de vue de l’ordre juridique interne de l’État dont l’entité cherche à se séparer. Comme nous le verrons, on prétend aussi que le droit international pose une norme permettant d’apprécier la légalité de l’acte de sécession envisagé.

La sécession d’une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l’avis qu’une sécession entraînerait un changement d’une telle ampleur qu’il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n’en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d’une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n’autorise pas ni n’interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d’une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou

national law, does not negate their nature as amendments to the Constitution of Canada.

85

The Constitution is the expression of the sovereignty of the people of Canada. It lies within the power of the people of Canada, acting through their various governments duly elected and recognized under the Constitution, to effect whatever constitutional arrangements are desired within Canadian territory, including, should it be so desired, the secession of Quebec from Canada. As this Court held in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 745, “[t]he Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government”. The manner in which such a political will could be formed and mobilized is a somewhat speculative exercise, though we are asked to assume the existence of such a political will for the purpose of answering the question before us. By the terms of this Reference, we have been asked to consider whether it would be constitutional in such a circumstance for the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

86

The “unilateral” nature of the act is of cardinal importance and we must be clear as to what is understood by this term. In one sense, any step towards a constitutional amendment initiated by a single actor on the constitutional stage is “unilateral”. We do not believe that this is the meaning contemplated by Question 1, nor is this the sense in which the term has been used in argument before us. Rather, what is claimed by a right to secede “unilaterally” is the right to effectuate secession without prior negotiations with the other provinces and the federal government. At issue is not the legality of the first step but the legality of the final act of purported unilateral secession. The supposed juridical basis for such an act is said to be a clear expression of democratic will in a referendum in the province of Quebec. This claim

qu’ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada.

La Constitution est l’expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l’intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en œuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l’a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, «[l]a Constitution d’un pays est l’expression de la volonté du peuple d’être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement». La méthode par laquelle une telle volonté politique prendrait forme et serait mobilisée demeure quelque peu conjecturale. Toutefois, on nous demande de présumer l’existence d’une telle volonté politique aux fins de répondre à la question soumise. Les termes mêmes du renvoi nous demandent de déterminer si, constitutionnellement, l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada dans de telles circonstances.

Le caractère «unilatéral» de l’acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est «unilatérale». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire «unilatéralement» sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. Ce n’est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l’acte final de sécession unilatérale envisagée. Le fondement juridique d’un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référen-

requires us to examine the possible juridical impact, if any, of such a referendum on the functioning of our Constitution, and on the claimed legality of a unilateral act of secession.

Although the Constitution does not itself address the use of a referendum procedure, and the results of a referendum have no direct role or legal effect in our constitutional scheme, a referendum undoubtedly may provide a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions on a particular occasion. The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession. Our political institutions are premised on the democratic principle, and so an expression of the democratic will of the people of a province carries weight, in that it would confer legitimacy on the efforts of the government of Quebec to initiate the Constitution's amendment process in order to secede by constitutional means. In this context, we refer to a "clear" majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves.

The federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire. The amendment of the Constitution begins with a political process undertaken pursuant to the Constitution itself. In Canada, the initiative for constitutional amendment is the responsibility of democratically elected representatives of the participants in Confederation. Those

dum dans la province de Québec. Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession.

La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel, mais un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale. Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles. Dans ce contexte, nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu.

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratique-

representatives may, of course, take their cue from a referendum, but in legal terms, constitution-making in Canada, as in many countries, is undertaken by the democratically elected representatives of the people. The corollary of a legitimate attempt by one participant in Confederation to seek an amendment to the Constitution is an obligation on all parties to come to the negotiating table. The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles already discussed.

89 What is the content of this obligation to negotiate? At this juncture, we confront the difficult inter-relationship between substantive obligations flowing from the Constitution and questions of judicial competence and restraint in supervising or enforcing those obligations. This is mirrored by the distinction between the legality and the legitimacy of actions taken under the Constitution. We propose to focus first on the substantive obligations flowing from this obligation to negotiate; once the nature of those obligations has been described, it is easier to assess the appropriate means of enforcement of those obligations, and to comment on the distinction between legality and legitimacy.

90 The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities. Those principles lead us to reject two absolutist propositions. One of those propositions is that there would be a legal obligation on the other provinces and federal government to accede to the secession of a province, subject only to negotiation of the logistical details of secession. This proposition is attributed either to the supposed implications of the

ment élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

En quoi consiste l'obligation de négocier? La réponse à cette question nous oblige à envisager les liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir, notamment la compétence des tribunaux et la réserve dont ils doivent faire preuve en la matière. La distinction faite entre la légalité et la légitimité des actes accomplis en vertu de la Constitution reflètent la nature de ces liens. Nous nous proposons de traiter d'abord des obligations qui résultent de cette obligation de négocier. Après avoir décrit la nature de ces obligations, il sera plus facile d'apprécier les moyens appropriés pour en assurer le respect et de commenter la distinction entre légalité et légitimité.

La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette propo-

democratic principle of the Constitution, or to the international law principle of self-determination of peoples.

For both theoretical and practical reasons, we cannot accept this view. We hold that Quebec could not purport to invoke a right of self-determination such as to dictate the terms of a proposed secession to the other parties: that would not be a negotiation at all. As well, it would be naive to expect that the substantive goal of secession could readily be distinguished from the practical details of secession. The devil would be in the details. The democracy principle, as we have emphasized, cannot be invoked to trump the principles of federalism and rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. No negotiations could be effective if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution. Such a foregone conclusion would actually undermine the obligation to negotiate and render it hollow.

However, we are equally unable to accept the reverse proposition, that a clear expression of self-determination by the people of Quebec would impose no obligations upon the other provinces or the federal government. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. This would amount to the assertion that other constitutionally recognized principles necessarily trump the clearly expressed democratic will of the people of Quebec. Such a proposition fails to give sufficient weight to the underlying constitutional principles that must inform the amendment process, including the principles of democracy and federalism. The rights of other provinces and the federal government cannot deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. Negotiations

sition serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité

91

92

would be necessary to address the interests of the federal government, of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec.

93

Is the rejection of both of these propositions reconcilable? Yes, once it is realized that none of the rights or principles under discussion is absolute to the exclusion of the others. This observation suggests that other parties cannot exercise their rights in such a way as to amount to an absolute denial of Quebec's rights, and similarly, that so long as Quebec exercises its rights while respecting the rights of others, it may propose secession and seek to achieve it through negotiation. The negotiation process precipitated by a decision of a clear majority of the population of Quebec on a clear question to pursue secession would require the reconciliation of various rights and obligations by the representatives of two legitimate majorities, namely, the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole, whatever that may be. There can be no suggestion that either of these majorities "trumps" the other. A political majority that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have identified puts at risk the legitimacy of the exercise of its rights.

94

In such circumstances, the conduct of the parties assumes primary constitutional significance. The negotiation process must be conducted with an eye to the constitutional principles we have outlined, which must inform the actions of all the participants in the negotiation process.

95

Refusal of a party to conduct negotiations in a manner consistent with constitutional principles and values would seriously put at risk the legitimacy of that party's assertion of its rights, and perhaps the negotiation process as a whole. Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same

claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.

Dans de telles circonstances, la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations.

Le refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation. Ceux qui, très légitimement, insistent sur l'importance du respect de la primauté du droit ne peuvent, en même

time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish.

No one can predict the course that such negotiations might take. The possibility that they might not lead to an agreement amongst the parties must be recognized. Negotiations following a referendum vote in favour of seeking secession would inevitably address a wide range of issues, many of great import. After 131 years of Confederation, there exists, inevitably, a high level of integration in economic, political and social institutions across Canada. The vision of those who brought about Confederation was to create a unified country, not a loose alliance of autonomous provinces. Accordingly, while there are regional economic interests, which sometimes coincide with provincial boundaries, there are also national interests and enterprises (both public and private) that would face potential dismemberment. There is a national economy and a national debt. Arguments were raised before us regarding boundary issues. There are linguistic and cultural minorities, including aboriginal peoples, unevenly distributed across the country who look to the Constitution of Canada for the protection of their rights. Of course, secession would give rise to many issues of great complexity and difficulty. These would have to be resolved within the overall framework of the rule of law, thereby assuring Canadians resident in Quebec and elsewhere a measure of stability in what would likely be a period of considerable upheaval and uncertainty. Nobody seriously suggests that our national existence, seamless in so many aspects, could be effortlessly separated along what are now the provincial boundaries of Quebec. As the Attorney General of Saskatchewan put it in his oral submission:

A nation is built when the communities that comprise it make commitments to it, when they forego choices and opportunities on behalf of a nation, . . . when the communities that comprise it make compromises, when they offer each other guarantees, when they make trans-

temps, faire abstraction de la nécessité d'agir en conformité avec les principes et valeurs constitutionnels et ainsi de faire leur part pour contribuer à la préservation et à la promotion d'un cadre dans lequel la règle de droit puisse s'épanouir.

Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec. Comme le disait le Procureur général de la Saskatchewan dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Une nation est construite lorsque les collectivités qui la composent prennent des engagements à son égard, quand elles renoncent à des choix et des possibilités, au nom d'une nation, [. . .] quand les collectivités qui la composent font des compromis, quand

fers and perhaps most pointedly, when they receive from others the benefits of national solidarity. The threads of a thousand acts of accommodation are the fabric of a nation. . . .

97 In the circumstances, negotiations following such a referendum would undoubtedly be difficult. While the negotiators would have to contemplate the possibility of secession, there would be no absolute legal entitlement to it and no assumption that an agreement reconciling all relevant rights and obligations would actually be reached. It is foreseeable that even negotiations carried out in conformity with the underlying constitutional principles could reach an impasse. We need not speculate here as to what would then transpire. Under the Constitution, secession requires that an amendment be negotiated.

98 The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions. It is also the case, however, that judicial intervention, even in relation to the law of the Constitution, is subject to the Court's appreciation of its proper role in the constitutional scheme.

99 The notion of justiciability is, as we earlier pointed out in dealing with the preliminary objection, linked to the notion of appropriate judicial restraint. We earlier made reference to the discussion of justiciability in *Reference re Canada Assistance Plan, supra*, at p. 545:

In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government.

elles se donnent des garanties mutuelles, quand elles échangent et, peut-être plus à propos, quand elles reçoivent des autres les avantages de la solidarité nationale. Les fils de milliers de concessions mutuelles tissent la toile de la nation . . .

Dans ces circonstances, on ne peut douter que des négociations résultant d'un tel référendum seraient difficiles. Les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

Comme nous l'avons souligné dans l'examen des objections préliminaires, la notion de justiciabilité est liée à la notion de réserve judiciaire appropriée. Nous citons plus haut cette allusion à la question de la justiciabilité dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, à la p. 545:

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

In *Operation Dismantle*, *supra*, at p. 459, it was pointed out that justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”. An analogous doctrine of judicial restraint operates here. Also, as observed in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (the *Auditor General’s* case), at p. 91:

There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

The role of the Court in this Reference is limited to the identification of the relevant aspects of the Constitution in their broadest sense. We have interpreted the questions as relating to the constitutional framework within which political decisions may ultimately be made. Within that framework, the workings of the political process are complex and can only be resolved by means of political judgments and evaluations. The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. A right and a corresponding duty to negotiate secession cannot be built on an alleged expression of democratic will if the expression of democratic will is itself fraught with ambiguities. Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other.

If the circumstances giving rise to the duty to negotiate were to arise, the distinction between the strong defence of legitimate interests and the taking of positions which, in fact, ignore the legitimate interests of others is one that also defies legal analysis. The Court would not have access to all of

L’arrêt *Operation Dismantle*, précité, à la p. 459, souligne que la justiciabilité est une «doctrine [. . .] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Un principe analogue de réserve judiciaire s’applique ici. L’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (l’arrêt *Vérificateur général*), dit aussi, à la p. 91:

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l’intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d’évaluations d’ordre politique. La Cour n’a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l’incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n’est assujettie qu’à une évaluation d’ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l’obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d’ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l’information et l’expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l’autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.

Si les circonstances donnant lieu à l’obligation de négocier devaient survenir, l’analyse juridique ne permettrait pas non plus de faire la distinction entre la défense énergique d’intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains. La Cour

the information available to the political actors, and the methods appropriate for the search for truth in a court of law are ill-suited to getting to the bottom of constitutional negotiations. To the extent that the questions are political in nature, it is not the role of the judiciary to interpose its own views on the different negotiating positions of the parties, even were it invited to do so. Rather, it is the obligation of the elected representatives to give concrete form to the discharge of their constitutional obligations which only they and their electors can ultimately assess. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests outlined above is necessarily committed to the political rather than the judicial realm, precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of the negotiation process. Having established the legal framework, it would be for the democratically elected leadership of the various participants to resolve their differences.

102 The non-justiciability of political issues that lack a legal component does not deprive the surrounding constitutional framework of its binding status, nor does this mean that constitutional obligations could be breached without incurring serious legal repercussions. Where there are legal rights there are remedies, but as we explained in the *Auditor General's case*, *supra*, at p. 90, and *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, the appropriate recourse in some circumstances lies through the workings of the political process rather than the courts.

103 To the extent that a breach of the constitutional duty to negotiate in accordance with the principles described above undermines the legitimacy of a party's actions, it may have important ramifications at the international level. Thus, a failure of the duty to undertake negotiations and pursue them according to constitutional principles may undermine that government's claim to legitimacy which is generally a precondition for recognition by the international community. Conversely, violations of those principles by the federal or other provincial

n'aurait pas accès à toute l'information dont disposent les acteurs politiques, et les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées à une analyse en profondeur de négociations constitutionnelles. Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends.

La non-justiciabilité de questions politiques dénuées de composante juridique ne retire pas au cadre constitutionnel existant son caractère impératif et ne signifie pas non plus que les obligations constitutionnelles pourraient être violées sans entraîner de graves conséquences juridiques. Quand il existe des droits, il existe des réparations, mais comme nous l'expliquons dans *Vérificateur général*, précité, à la p. 90, et *New Brunswick Broadcasting*, précité, le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux.

Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté interna-

governments responding to the request for secession may undermine their legitimacy. Thus, a Quebec that had negotiated in conformity with constitutional principles and values in the face of unreasonable intransigence on the part of other participants at the federal or provincial level would be more likely to be recognized than a Quebec which did not itself act according to constitutional principles in the negotiation process. Both the legality of the acts of the parties to the negotiation process under Canadian law, and the perceived legitimacy of such action, would be important considerations in the recognition process. In this way, the adherence of the parties to the obligation to negotiate would be evaluated in an indirect manner on the international plane.

Accordingly, the secession of Quebec from Canada cannot be accomplished by the National Assembly, the legislature or government of Quebec unilaterally, that is to say, without principled negotiations, and be considered a lawful act. Any attempt to effect the secession of a province from Canada must be undertaken pursuant to the Constitution of Canada, or else violate the Canadian legal order. However, the continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain unaffected by the unambiguous expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The primary means by which that expression is given effect is the constitutional duty to negotiate in accordance with the constitutional principles that we have described herein. In the event secession negotiations are initiated, our Constitution, no less than our history, would call on the participants to work to reconcile the rights, obligations and legitimate aspirations of all Canadians within a framework that emphasizes constitutional responsibilities as much as it does constitutional rights.

It will be noted that Question 1 does not ask how secession could be achieved in a constitu-

tionale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international.

Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes. Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution.

Il faut souligner que la question 1 ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de

tional manner, but addresses one form of secession only, namely unilateral secession. Although the applicability of various procedures to achieve lawful secession was raised in argument, each option would require us to assume the existence of facts that at this stage are unknown. In accordance with the usual rule of prudence in constitutional cases, we refrain from pronouncing on the applicability of any particular constitutional procedure to effect secession unless and until sufficiently clear facts exist to squarely raise an issue for judicial determination.

(5) Suggested Principle of Effectivity

106

In the foregoing discussion we have not overlooked the principle of effectivity, which was placed at the forefront in argument before us. For the reasons that follow, we do not think that the principle of effectivity has any application to the issues raised by Question 1. A distinction must be drawn between the right of a people to act, and their power to do so. They are not identical. A right is recognized in law: mere physical ability is not necessarily given status as a right. The fact that an individual or group can act in a certain way says nothing at all about the legal status or consequences of the act. A power may be exercised even in the absence of a right to do so, but if it is, then it is exercised without legal foundation. Our Constitution does not address powers in this sense. On the contrary, the Constitution is concerned only with the rights and obligations of individuals, groups and governments, and the structure of our institutions. It was suggested before us that the National Assembly, legislature or government of Quebec could unilaterally effect the secession of that province from Canada, but it was not suggested that they might do so as a matter of law: rather, it was contended that they simply could do so as a matter of fact. Although under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the interna-

façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale. Bien que la possibilité d'appliquer des procédures diverses pour réaliser la sécession ait été abordée dans les plaidoiries, chaque option exigerait que nous présumions l'existence de faits qui sont inconnus à ce stade. Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable.

(5) L'argument fondé sur le principe de l'effectivité

Dans ce qui précède, nous n'avons pas écarté le principe de l'effectivité qui a été au premier rang de l'argumentation soumise. Pour les raisons qui suivent, nous ne croyons pas que le principe de l'effectivité s'applique de quelque façon aux points soulevés par la question 1. Il faut bien faire la distinction entre le droit d'un peuple d'agir et son pouvoir d'agir. Ils ne sont pas identiques. Un droit est reconnu par la loi; la simple possibilité matérielle n'a pas nécessairement le statut de droit. Le fait qu'une personne ou un groupe puisse agir d'une certaine manière ne détermine aucunement la qualité ou les conséquences juridiques de l'acte. Un pouvoir peut être exercé même en l'absence d'un droit d'agir, mais ce pouvoir est alors exercé sans fondement juridique. Notre Constitution ne traite pas de pouvoirs dans ce sens-là. Au contraire, notre Constitution s'intéresse uniquement aux droits et obligations d'individus, de groupes et de gouvernements et à la structure de nos institutions. On a soutenu que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient réaliser unilatéralement la sécession de cette province du Canada, mais on n'a pas indiqué qu'ils pourraient la réaliser en droit: on a plutôt prétendu qu'ils pourraient simplement l'accomplir dans les faits. Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la

tional community. The principles governing secession at international law are discussed in our answer to Question 2.

In our view, the alleged principle of effectivity has no constitutional or legal status in the sense that it does not provide an *ex ante* explanation or justification for an act. In essence, acceptance of a principle of effectivity would be tantamount to accepting that the National Assembly, legislature or government of Quebec may act without regard to the law, simply because it asserts the power to do so. So viewed, the suggestion is that the National Assembly, legislature or government of Quebec could purport to secede the province unilaterally from Canada in disregard of Canadian and international law. It is further suggested that if the secession bid was successful, a new legal order would be created in that province, which would then be considered an independent state.

Such a proposition is an assertion of fact, not a statement of law. It may or may not be true; in any event it is irrelevant to the questions of law before us. If, on the other hand, it is put forward as an assertion of law, then it simply amounts to the contention that the law may be broken as long as it can be broken successfully. Such a notion is contrary to the rule of law, and must be rejected.

B. Question 2

Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to

reconnaissance par la communauté internationale. Les principes régissant la sécession en droit international sont analysés dans notre réponse à la question 2.

À notre avis, le principe de l'effectivité qui a été plaidé n'a aucun statut constitutionnel ou juridique en ce sens qu'il ne fournit pas d'explication ou de justification préalable à l'acte. L'acceptation d'un principe de l'effectivité reviendrait essentiellement à accepter que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peuvent agir sans tenir compte du droit, pour la simple raison qu'ils affirment avoir le pouvoir de le faire. Dans une telle perspective, on suggère en réalité que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient prétendre réaliser unilatéralement la sécession de la province du Canada dans le non-respect du droit canadien et international. On soutient en outre que, si le projet sécessionniste réussissait, un nouvel ordre juridique serait créé dans la province qui serait alors considérée comme un État indépendant.

Cette proposition est un énoncé de fait, ce n'est pas un énoncé de droit. Elle peut être ou ne pas être vraie; elle n'a de toute façon aucune pertinence quant aux questions de droit dont nous sommes saisis. Si, par contre, cette proposition est présentée comme un énoncé de droit, elle revient tout simplement à soutenir que l'on peut violer la loi tant que la violation réussit. Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée.

B. Question 2

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature,

107

108

effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

109

For reasons already discussed, the Court does not accept the contention that Question 2 raises a question of “pure” international law which this Court has no jurisdiction to address. Question 2 is posed in the context of a Reference to address the existence or non-existence of a right of unilateral secession by a province of Canada. The *amicus curiae* argues that this question ultimately falls to be determined under international law. In addressing this issue, the Court does not purport to act as an arbiter between sovereign states or more generally within the international community. The Court is engaged in rendering an advisory opinion on certain legal aspects of the continued existence of the Canadian federation. International law has been invoked as a consideration and it must therefore be addressed.

110

The argument before the Court on Question 2 has focused largely on determining whether, under international law, a positive legal right to unilateral secession exists in the factual circumstances assumed for the purpose of our response to Question 1. Arguments were also advanced to the effect that, regardless of the existence or non-existence of a positive right to unilateral secession, international law will in the end recognize effective political realities — including the emergence of a new state — as facts. While our response to Question 2 will address considerations raised by this alternative argument of “effectivity”, it should first be noted that the existence of a positive legal entitlement is quite different from a prediction that the law will respond after the fact to a then existing political reality. These two concepts examine different points in time. The questions posed to the Court address legal rights in advance of a unilateral act of purported secession. While we touch below on the practice governing the international recognition of emerging states, the Court is as wary of entertaining speculation about the possible future conduct of sovereign states on the international level as it was under Question 1 to speculate

ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Pour les raisons discutées précédemment, la Cour n’accepte pas la prétention que la question 2 soulève une question de droit international «pur» sur laquelle elle n’a pas compétence. La question 2 est posée dans le contexte d’un renvoi touchant l’existence ou l’inexistence du droit d’une province du Canada de faire sécession unilatéralement. L’*amicus curiae* plaide que cette question doit ultimement être tranchée en vertu du droit international. Dans l’examen de cette question, la Cour ne prétend pas agir à titre d’arbitre entre États souverains ou, plus généralement, au sein de la communauté internationale. La Cour donne un avis consultatif sur certains aspects juridiques du maintien de l’existence de la fédération canadienne. Le droit international est un des facteurs qui ont été plaidés et, par conséquent, il doit être examiné.

L’argumentation présentée à la Cour sur la question 2 a porté principalement sur la question de savoir si, en droit international, il existe un droit de sécession unilatérale dans les circonstances qui ont été présentées aux fins de la question 1. On a également avancé d’autres arguments voulant que, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un droit de sécession unilatérale, le droit international reconnaîtra en bout de ligne comme un état de fait certaines réalités politiques concrètes — y compris l’émergence d’un nouvel État. Bien que notre réponse à la question 2 tienne compte de considérations soulevées par l’argument subsidiaire fondé sur l’«effectivité», il faut souligner d’abord qu’il y a une grande différence entre conclure à l’existence d’un droit positif et prédire que le droit réagira, après le fait, à une réalité politique existante. Ces deux concepts s’attachent à des moments différents. Les questions posées à la Cour portent sur des droits juridiques dans la perspective d’un éventuel acte unilatéral censé opérer sécession. Même si nous abordons plus loin la pratique régissant la reconnaissance internationale des nouveaux États, notre Cour est tout aussi réticente à se livrer à des spéculations sur les réactions éven-

about the possible future course of political negotiations among the participants in the Canadian federation. In both cases, the Reference questions are directed only to the legal framework within which the political actors discharge their various mandates.

(1) Secession at International Law

It is clear that international law does not specifically grant component parts of sovereign states the legal right to secede unilaterally from their “parent” state. This is acknowledged by the experts who provided their opinions on behalf of both the *amicus curiae* and the Attorney General of Canada. Given the lack of specific authorization for unilateral secession, proponents of the existence of such a right at international law are therefore left to attempt to found their argument (i) on the proposition that unilateral secession is not specifically prohibited and that what is not specifically prohibited is inferentially permitted; or (ii) on the implied duty of states to recognize the legitimacy of secession brought about by the exercise of the well-established international law right of “a people” to self-determination. The *amicus curiae* addressed the right of self-determination, but submitted that it was not applicable to the circumstances of Quebec within the Canadian federation, irrespective of the existence or non-existence of a referendum result in favour of secession. We agree on this point with the *amicus curiae*, for reasons that we will briefly develop.

(a) *Absence of a Specific Prohibition*

International law contains neither a right of unilateral secession nor the explicit denial of such a right, although such a denial is, to some extent, implicit in the exceptional circumstances required for secession to be permitted under the right of a people to self-determination, e.g., the right of secession that arises in the exceptional situation of an oppressed or colonial people, discussed below. As will be seen, international law places great

tuelles d’États souverains à l’échelle internationale qu’elle l’était, dans le cadre de la question 1, quant au déroulement d’éventuelles négociations politiques entre les participants à la fédération canadienne. Dans les deux cas, les questions du renvoi visent uniquement le cadre juridique à l’intérieur duquel les acteurs politiques s’acquittent de leur mandat respectif.

(1) La sécession en droit international

Il est clair que le droit international n’accorde pas expressément aux parties constituantes d’un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l’État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l’*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l’objet d’autorisation expresse, les tenants de l’existence d’un tel droit en droit international n’ont d’autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n’est pas expressément interdite, et que ce qui n’est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l’obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d’une sécession accomplie par l’exercice du droit, bien établi en droit international, qu’a «un peuple» à l’autodétermination. L’*amicus curiae* a abordé le droit à l’autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s’appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d’accord avec l’*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

a) *L’absence d’interdiction expresse*

Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n’en nie pas explicitement l’existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d’un peuple à l’autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d’un peuple opprimé ou colo-

111

112

importance on the territorial integrity of nation states and, by and large, leaves the creation of a new state to be determined by the domestic law of the existing state of which the seceding entity presently forms a part (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), at pp. 8-9). Where, as here, unilateral secession would be incompatible with the domestic Constitution, international law is likely to accept that conclusion subject to the right of peoples to self-determination, a topic to which we now turn.

(b) *The Right of a People to Self-determination*

nisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l'intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l'État existant dont l'entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d'un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

b) *Le droit d'un peuple à l'autodétermination*

Bien que le droit international régie généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances précises, les «droits» d'entités qui ne sont pas des États Nations — tel le droit d'un peuple à l'autodétermination.

L'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d'une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), aux pp. 171 et 172; K. Doehring, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

L'article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, édicte notamment que l'un des buts des Nations Unies est de:

Article 1

Article 1

. . .

. . .

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;

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;

113

While international law generally regulates the conduct of nation states, it does, in some specific circumstances, also recognize the "rights" of entities other than nation states — such as the right of a people to self-determination.

114

The existence of the right of a people to self-determination is now so widely recognized in international conventions that the principle has acquired a status beyond "convention" and is considered a general principle of international law. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), at pp. 171-72; K. Doehring, "Self-Determination", in B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), at p. 70.)

115

Article 1 of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, states in part that one of the purposes of the United Nations (U.N.) is:

Article 55 of the U.N. Charter further states that the U.N. shall promote goals such as higher standards of living, full employment and human rights “[w]ith a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples”.

This basic principle of self-determination has been carried forward and addressed in so many U.N. conventions and resolutions that, as noted by Doehring, *supra*, at p. 60:

The sheer number of resolutions concerning the right of self-determination makes their enumeration impossible.

For our purposes, reference to the following conventions and resolutions is sufficient. Article 1 of both the U.N.’s *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, and its *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, states:

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Similarly, the U.N. General Assembly’s *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 (*Declaration on Friendly Relations*), states:

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.

In 1993, the U.N. World Conference on Human Rights adopted the *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24, 25 June 1993,

En outre, en vertu de l’art. 55 de sa Charte, l’Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l’homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes».

Le principe fondamental de l’autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doehring, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60:

[TRADUCTION] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l’autodétermination rend leur énumération impossible.

Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés:

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d’eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

De même, 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 (*Déclaration touchant les relations amicales*), précise:

En vertu du principe de l’égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l’homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d’action de Vienne*,

116

117

118

119

120

that reaffirmed Article 1 of the two above-mentioned covenants. The U.N. General Assembly's *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995, also emphasizes the right to self-determination by providing that the U.N.'s member states will:

1. . . .

Continue to reaffirm the right of self-determination of all peoples, taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, and recognize the right of peoples to take legitimate action in accordance with the Charter of the United Nations to realize their inalienable right of self-determination. This shall not be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind. . . . [Emphasis added.]

121

The right to self-determination is also recognized in other international legal documents. For example, the *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 14 I.L.M. 1292 (1975) (*Helsinki Final Act*), states (in Part VIII):

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development. [Emphasis added.]

122

As will be seen, international law expects that the right to self-determination will be exercised by

A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

1. . . .

Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune. . . . [Nous soulignons.]

Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* (1975) (*Acte final d'Helsinki*), énonce (à la partie VIII):

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé

peoples within the framework of existing sovereign states and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those states. Where this is not possible, in the exceptional circumstances discussed below, a right of secession may arise.

(i) Defining “Peoples”

International law grants the right to self-determination to “peoples”. Accordingly, access to the right requires the threshold step of characterizing as a people the group seeking self-determination. However, as the right to self-determination has developed by virtue of a combination of international agreements and conventions, coupled with state practice, with little formal elaboration of the definition of “peoples”, the result has been that the precise meaning of the term “people” remains somewhat uncertain.

It is clear that “a people” may include only a portion of the population of an existing state. The right to self-determination has developed largely as a human right, and is generally used in documents that simultaneously contain references to “nation” and “state”. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to “people” does not necessarily mean the entirety of a state’s population. To restrict the definition of the term to the population of existing states would render the granting of a right to self-determination largely duplicative, given the parallel emphasis within the majority of the source documents on the need to protect the territorial integrity of existing states, and would frustrate its remedial purpose.

While much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics (such as a common language and culture) that would be considered in determining whether a specific group is a “people”, as do other groups within Quebec and/or Canada, it is not necessary to explore this legal characterization to resolve Question 2 appropriately. Similarly, it is not necessary for the Court to determine whether, should a Quebec people exist

par des peuples, à l’intérieur d’États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l’intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n’est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de «peuples»

C’est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l’autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l’invoque doit remplir la condition préliminaire, c’est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l’autodétermination s’est développé par l’adoption d’un ensemble d’ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s’ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.

Il est évident qu’un «peuple» peut s’entendre d’une partie seulement de la population d’un État existant. Le droit à l’autodétermination s’est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l’expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas nécessairement l’entière population d’un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d’États existants, d’une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l’autodétermination, compte tenu de l’insistance corrélative, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l’intégrité territoriale des États existants et, d’autre part, ferait obstacle à l’objectif réparateur de ce droit.

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l’instar d’autres groupes à l’intérieur du Québec et du Canada, il n’est pas nécessaire d’étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n’est pas nécessaire pour la Cour de

123

124

125

within the definition of public international law, such a people encompasses the entirety of the provincial population or just a portion thereof. Nor is it necessary to examine the position of the aboriginal population within Quebec. As the following discussion of the scope of the right to self-determination will make clear, whatever be the correct application of the definition of people(s) in this context, their right of self-determination cannot in the present circumstances be said to ground a right to unilateral secession.

(ii) Scope of the Right to Self-determination

126 The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances. External self-determination can be defined as in the following statement from the *Declaration on Friendly Relations* as

[t]he establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people. [Emphasis added.]

127 The international law principle of self-determination has evolved within a framework of respect for the territorial integrity of existing states. The various international documents that support the existence of a people's right to self-determination also contain parallel statements supportive of the conclusion that the exercise of such a right must be sufficiently limited to prevent threats to an existing state's territorial integrity or the stability of relations between sovereign states.

128 The *Declaration on Friendly Relations*, the *Vienna Declaration* and the *Declaration on the*

déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne — à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayaient l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne* et la *Déclaration du cin-*

Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations are specific. They state, immediately after affirming a people's right to determine political, economic, social and cultural issues, that such rights are not to

be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction . . . [Emphasis added.]

Similarly, while the concluding document of the Vienna Meeting in 1989 of the Conference on Security and Co-operation in Europe on the follow-up to the *Helsinki Final Act* again refers to peoples having the right to determine "their internal and external political status" (emphasis added), that statement is immediately followed by express recognition that the participating states will at all times act, as stated in the *Helsinki Final Act*, "in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States" (emphasis added). Principle 5 of the concluding document states that the participating states (including Canada):

. . . confirm their commitment strictly and effectively to observe the principle of the territorial integrity of States. They will refrain from any violation of this principle and thus from any action aimed by direct or indirect means, in contravention of the purposes and principles of the Charter of the United Nations, other obligations under international law or the provisions of the [Helsinki] Final Act, at violating the territorial integrity, political independence or the unity of a State. No actions or situations in contravention of this principle will be recognized as legal by the participating States. [Emphasis added.]

Accordingly, the reference in the *Helsinki Final Act* to a people determining its external political status is interpreted to mean the expression of a people's external political status through the government of the existing state, save in the excep-

quantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être

interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue à Vienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

. . . confirmer leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouverne-

tional circumstances discussed below. As noted by Cassese, *supra*, at p. 287, given the history and textual structure of this document, its reference to external self-determination simply means that “no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State”.

ment de l'État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l'histoire de ce document et de sa structure, la mention de l'autodétermination externe signifie simplement que [TRADUCTION] «les autorités centrales d'un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l'ensemble de la population de cet État».

130 While the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* do not specifically refer to the protection of territorial integrity, they both define the ambit of the right to self-determination in terms that are normally attainable within the framework of an existing state. There is no necessary incompatibility between the maintenance of the territorial integrity of existing states, including Canada, and the right of a “people” to achieve a full measure of self-determination. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its own internal arrangements, is entitled to the protection under international law of its territorial integrity.

Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l'intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l'autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d'un État existant. Il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l'intégrité territoriale d'États existants, comme le Canada, et le droit d'un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l'égalité et sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Colonial and Oppressed Peoples

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

131 Accordingly, the general state of international law with respect to the right to self-determination is that the right operates within the overriding protection granted to the territorial integrity of “parent” states. However, as noted by Cassese, *supra*, at p. 334, there are certain defined contexts within which the right to the self-determination of peoples does allow that right to be exercised “externally”, which, in the context of this Reference, would potentially mean secession:

Par conséquent, selon l'état général du droit international, le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l'autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

... the right to external self-determination, which entails the possibility of choosing (or restoring) independence, has only been bestowed upon two classes of peoples (those under colonial rule or foreign occupation), based upon the assumption that both classes make up entities that are inherently distinct from the colonialist Power and the occupant Power and that their 'territo-

[TRADUCTION] ... le droit à l'autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l'indépendance, n'a été accordé qu'à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l'hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou

rial integrity', all but destroyed by the colonialist or occupying Power, should be fully restored. . . .

The right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the "imperial" power is now undisputed, but is irrelevant to this Reference.

The other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context. This recognition finds its roots in the *Declaration on Friendly Relations*:

Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:

(a) To promote friendly relations and co-operation among States; and

(b) To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned;

and bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter.

A number of commentators have further asserted that the right to self-determination may ground a right to unilateral secession in a third circumstance. Although this third circumstance has been described in several ways, the underlying proposition is that, when a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession. The *Vienna Declaration* requirement that governments represent "the whole people belonging to the territory without distinction of any kind" adds credence to the assertion

occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie. . . .

Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance «impériale» est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon

132

133

134

that such a complete blockage may potentially give rise to a right of secession.

135

Clearly, such a circumstance parallels the other two recognized situations in that the ability of a people to exercise its right to self-determination internally is somehow being totally frustrated. While it remains unclear whether this third proposition actually reflects an established international law standard, it is unnecessary for present purposes to make that determination. Even assuming that the third circumstance is sufficient to create a right to unilateral secession under international law, the current Quebec context cannot be said to approach such a threshold. As stated by the *amicus curiae*, Addendum to the factum of the *amicus curiae*, at paras. 15-16:

[TRANSLATION] 15. The Quebec people is not the victim of attacks on its physical existence or integrity, or of a massive violation of its fundamental rights. The Quebec people is manifestly not, in the opinion of the *amicus curiae*, an oppressed people.

16. For close to 40 of the last 50 years, the Prime Minister of Canada has been a Quebecer. During this period, Quebecers have held from time to time all the most important positions in the federal Cabinet. During the 8 years prior to June 1997, the Prime Minister and the Leader of the Official Opposition in the House of Commons were both Quebecers. At present, the Prime Minister of Canada, the Right Honourable Chief Justice and two other members of the Court, the Chief of Staff of the Canadian Armed Forces and the Canadian ambassador to the United States, not to mention the Deputy Secretary-General of the United Nations, are all Quebecers. The international achievements of Quebecers in most fields of human endeavour are too numerous to list. Since the dynamism of the Quebec people has been directed toward the business sector, it has been clearly successful in Quebec, the rest of Canada and abroad.

136

The population of Quebec cannot plausibly be said to be denied access to government. Quebecers occupy prominent positions within the government of Canada. Residents of the province freely make political choices and pursue economic, social and cultural development within Quebec, across Canada, and throughout the world. The population

laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'interne son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.

16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel

of Quebec is equitably represented in legislative, executive and judicial institutions. In short, to reflect the phraseology of the international documents that address the right to self-determination of peoples, Canada is a "sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction".

The continuing failure to reach agreement on amendments to the Constitution, while a matter of concern, does not amount to a denial of self-determination. In the absence of amendments to the Canadian Constitution, we must look at the constitutional arrangements presently in effect, and we cannot conclude under current circumstances that those arrangements place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule.

In summary, the international law right to self-determination only generates, at best, a right to external self-determination in situations of former colonies; where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development. In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination. Such exceptional circumstances are manifestly inapplicable to Quebec under existing conditions. Accordingly, neither the population of the province of Quebec, even if characterized in terms of "people" or "peoples", nor its representative institutions, the National Assembly, the legislature or government of Quebec, possess a right, under international law, to secede unilaterally from Canada.

We would not wish to leave this aspect of our answer to Question 2 without acknowledging the

à l'intérieur du Québec, dans l'ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et doté ainsi d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

Les échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n'équivalent pas à une négation du droit à l'autodétermination. En l'absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.

En résumé, le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s'appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.

Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'import-

137

138

139

importance of the submissions made to us respecting the rights and concerns of aboriginal peoples in the event of a unilateral secession, as well as the appropriate means of defining the boundaries of a seceding Quebec with particular regard to the northern lands occupied largely by aboriginal peoples. However, the concern of aboriginal peoples is precipitated by the asserted right of Quebec to unilateral secession. In light of our finding that there is no such right applicable to the population of Quebec, either under the Constitution of Canada or at international law, but that on the contrary a clear democratic expression of support for secession would lead under the Constitution to negotiations in which aboriginal interests would be taken into account, it becomes unnecessary to explore further the concerns of the aboriginal peoples in this Reference.

(2) Recognition of a Factual/Political Reality: the "Effectivity" Principle

140 As stated, an argument advanced by the *amicus curiae* on this branch of the Reference was that, while international law may not ground a positive right to unilateral secession in the context of Quebec, international law equally does not prohibit secession and, in fact, international recognition would be conferred on such a political reality if it emerged, for example, via effective control of the territory of what is now the province of Quebec.

141 It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation. However, as mentioned at the outset, effectivity, as such, does not have any real applicability to Question 2, which asks whether a right to unilateral secession exists.

142 No one doubts that legal consequences may flow from political facts, and that "sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted . . .", H. W. R. Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172, at p. 196. Secession of a province from

tance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l'expression claire d'une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d'examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l'«effectivité»

L'un des arguments avancés par l'*amicus curiae* sur cet aspect du renvoi est que, même si le droit international ne fonde pas un droit de sécession unilatérale dans le cas du Québec, le droit international n'interdit pas non plus la sécession et, dans les faits, une telle réalité politique serait reconnue internationalement si elle se manifestait, par exemple, par le contrôle effectif du territoire qui constitue maintenant la province de Québec.

Il est vrai que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s'adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance. Cependant, comme nous l'avons dit, l'effectivité, en tant que telle, ne relève pas réellement de la question 2, qui nous demande s'il existe un droit de sécession unilatérale.

Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [TRADUCTION] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d'établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172, à la

Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states. That process of recognition is guided by legal norms. However, international recognition is not alone constitutive of statehood and, critically, does not relate back to the date of secession to serve retroactively as a source of a "legal" right to secede in the first place. Recognition occurs only after a territorial unit has been successful, as a political fact, in achieving secession.

As indicated in responding to Question 1, one of the legal norms which may be recognized by states in granting or withholding recognition of emergent states is the legitimacy of the process by which the *de facto* secession is, or was, being pursued. The process of recognition, once considered to be an exercise of pure sovereign discretion, has come to be associated with legal norms. See, e.g., European Community Declaration on the *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, 31 I.L.M. 1486 (1992), at p. 1487. While national interest and perceived political advantage to the recognizing state obviously play an important role, foreign states may also take into account their view as to the existence of a right to self-determination on the part of the population of the putative state, and a counterpart domestic evaluation, namely, an examination of the legality of the secession according to the law of the state from which the territorial unit purports to have seceded. As we indicated in our answer to Question 1, an emergent state that has disregarded legitimate obligations arising out of its previous situation can potentially expect to be hindered by that disregard in achieving international recognition, at least with respect to the timing of that recognition. On the other hand, compliance by the seceding province with such legitimate obligations would weigh in favour of international recognition. The notion that what is not explicitly prohib-

p. 196. La sécession d'une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d'un nouvel État. Même si la reconnaissance par d'autres États n'est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d'État, la viabilité d'une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d'autres États. Ce processus de reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d'État et il faut souligner qu'elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu'après qu'une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

Comme l'indique la réponse à la question 1, l'une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l'exercice d'un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l'intérêt national de l'État qui accorde la reconnaissance et l'avantage politique qu'il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l'existence du droit à l'autodétermination de la population de l'État putatif, ainsi qu'une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l'État dont l'entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s'attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l'obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes

ited is implicitly permitted has little relevance where (as here) international law refers the legality of secession to the domestic law of the seceding state and the law of that state holds unilateral secession to be unconstitutional.

jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessionniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

144

As a court of law, we are ultimately concerned only with legal claims. If the principle of "effectivity" is no more than that "successful revolution begets its own legality" (S. A. de Smith, "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, at p. 96), it necessarily means that legality follows and does not precede the successful revolution. *Ex hypothesi*, the successful revolution took place outside the constitutional framework of the predecessor state, otherwise it would not be characterized as "a revolution". It may be that a unilateral secession by Quebec would eventually be accorded legal status by Canada and other states, and thus give rise to legal consequences; but this does not support the more radical contention that subsequent recognition of a state of affairs brought about by a unilateral declaration of independence could be taken to mean that secession was achieved under colour of a legal right.

En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la reconnaissance d'un état de fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique.

145

An argument was made to analogize the principle of effectivity with the second aspect of the rule of law identified by this Court in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 753, namely, avoidance of a legal vacuum. In that Reference, it will be recalled, this Court declined to strike down all of Manitoba's legislation for its failure to comply with constitutional dictates, out of concern that this would leave the province in a state of chaos. In so doing, we recognized that the rule of law is a constitutional principle which permits the courts to address the practical consequences of their actions, particularly in constitutional cases. The similarity between that principle and the principle of effectivity, it was argued, is

On a invoqué une analogie entre le principe de l'effectivité et le second aspect de la primauté du droit dégagé par notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 753, c'est-à-dire la nécessité d'éviter un vide juridique. On se rappellera que notre Cour a refusé dans ce renvoi d'invalider l'ensemble des lois du Manitoba pour non-respect des exigences de la Constitution, de crainte qu'une telle déclaration ne plonge cette province dans le chaos. Nous avons ainsi reconnu que la primauté du droit est un principe constitutionnel qui permet aux tribunaux de tenir compte des conséquences pratiques de leurs jugements, particulièrement dans les affaires constitutionnelles. La similitude entre ce principe et le

that both attempt to refashion the law to meet social reality. However, nothing of our concern in the *Manitoba Language Rights Reference* about the severe practical consequences of unconstitutionality affected our conclusion that, as a matter of law, all Manitoba legislation at issue in that case was unconstitutional. The Court's declaration of unconstitutionality was clear and unambiguous. The Court's concern with maintenance of the rule of law was directed in its relevant aspect to the appropriate remedy, which in that case was to suspend the declaration of invalidity to permit appropriate rectification to take place.

The principle of effectivity operates very differently. It proclaims that an illegal act may eventually acquire legal status if, as a matter of empirical fact, it is recognized on the international plane. Our law has long recognized that through a combination of acquiescence and prescription, an illegal act may at some later point be accorded some form of legal status. In the law of property, for example, it is well known that a squatter on land may ultimately become the owner if the true owner sleeps on his or her right to repossess the land. In this way, a change in the factual circumstances may subsequently be reflected in a change in legal status. It is, however, quite another matter to suggest that a subsequent condonation of an initially illegal act retroactively creates a legal right to engage in the act in the first place. The broader contention is not supported by the international principle of effectivity or otherwise and must be rejected.

C. Question 3

In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada

principe de l'effectivité réside, plaide-t-on, dans leur objectif commun de refaçonner le droit pour tenir compte de la réalité sociale. Cependant, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, nos préoccupations quant aux graves conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas influencé notre conclusion qu'en droit toutes les lois du Manitoba en litige dans cette affaire étaient inconstitutionnelles. La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour était claire et non ambiguë. Le souci de la Cour de maintenir la primauté du droit visait à façonner la réparation convenable qui, dans cette affaire, était la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre que soient apportées les rectifications appropriées.

Le principe de l'effectivité fonctionne très différemment. Il proclame qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale. Notre droit reconnaît depuis longtemps que, sous l'effet conjugué de l'acquiescement et de la prescription, un acte illégal peut ultérieurement se voir accorder un certain effet juridique. En droit des biens, par exemple, un squatter peut devenir finalement propriétaire du bien-fonds qu'il occupe si le propriétaire véritable n'exerce pas à temps son droit d'en reprendre possession. Ainsi, un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir. Cette prétention plus générale n'est pas étayée par le principe de l'effectivité en droit international ni de quelque autre façon, et elle doit être rejetée.

146

C. Question 3

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouverne-

unilaterally, which would take precedence in Canada?

147 In view of our answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

IV. Summary of Conclusions

148 As stated at the outset, this Reference has required us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. We have emphasized that the Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

149 The Reference requires us to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Those who support the existence of such a right found their case primarily on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. As reflected in our constitutional jurisprudence, democracy exists in the larger context of other constitutional values such as those already mentioned. In the 131 years since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economically, socially, politically and culturally) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession

ment du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

IV. Sommaire des conclusions

Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession

of a province “under the Constitution” could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

The Constitution is not a straitjacket. Even a brief review of our constitutional history demonstrates periods of momentous and dramatic change. Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pur-

compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient

150

151

sue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations.

152 The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have mentioned puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

153 The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of

aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du

political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

We have also considered whether a positive legal entitlement to secession exists under international law in the factual circumstances contemplated by Question 1, i.e., a clear democratic expression of support on a clear question for Quebec secession. Some of those who supported an affirmative answer to this question did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all "peoples". Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the "people" issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of peoples at international law where "a people" is governed as part of a colonial empire; where "a people" is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where "a people" is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the National Assembly, the legislature or the government of Quebec do not enjoy a right at

domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

Nous nous sommes également demandés s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c'est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple» empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur déve-

international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

loppement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

155 Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, that is secession without negotiation on the basis just discussed, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Such recognition, even if granted, would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

156 The reference questions are answered accordingly.

Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

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

Procureur du procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: Bernard W. Funston, Gloucester.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Bernard W. Funston, Gloucester.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Solicitor for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Solicitor for the intervener the Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Solicitors for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council: Scott & Aylen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Solicitors for the intervener Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Solicitors for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitors for the intervener Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Procureur de l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Corporation Makivik: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités: Scott & Aylen, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Procureurs de l'intervenant Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Procureurs des intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

**Continental Bank Leasing
Corporation** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Canadian Bankers'
Association** *Intervener*

INDEXED AS: CONTINENTAL BANK LEASING CORP. v.
CANADA

File No.: 25532.

1998: January 26; 1998: September 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Depreciable assets — Recapture of capital cost allowance — Rollover of assets into partnership — Bank subsidiary entering into partnership and transferring assets to it pursuant to rollover provision — Bank Act prohibiting banks from participating in partnerships — Provincial partnerships legislation providing for dissolution of partnership upon happening of event making it unlawful for business of firm to be carried on or for members of firm to carry it on in partnership — Whether partnership rendered invalid — If so, whether subsidiary liable for recapture of capital cost allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 13, 97(2) — Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

In 1986, Continental Bank of Canada (the "Bank"), which had decided to wind up its affairs, invited offers for the purchase of the shares or assets of its wholly owned subsidiary, Continental Bank Leasing Corp. ("Leasing"). Central Capital Leasing ("Central"), which had concerns about the creditworthiness of several of the leases and certain contingent tax liabilities of Leasing, proposed a transaction whereby Leasing would

**Continental Bank Leasing
Corporation** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**L'Association des banquiers
canadiens** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: CONTINENTAL BANK LEASING CORP. c.
CANADA

N° du greffe: 25532.

1998: 26 janvier; 1998: 3 septembre.

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 — Biens amortissables — Récupération de la déduction pour amortissement — Transfert libre d'impôt des biens dans une société en nom collectif — Participation d'une filiale de la Banque à une société en nom collectif et transfert de biens à cette société en vertu d'une disposition sur le transfert libre d'impôt — Loi sur les banques interdisant aux banques de participer à des sociétés en nom collectif — Loi provinciale sur les sociétés en nom collectif prévoyant la dissolution de la société dans les cas où se produit un événement rendant illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme ou son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif — La société en nom collectif a-t-elle été rendue invalide? — Si oui, la filiale doit-elle inclure dans son revenu la récupération de la déduction pour amortissement? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 13, 97(2) — Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

En 1986, après avoir décidé de liquider ses activités, la Banque Continentale du Canada (la «Banque») a sollicité des offres d'achat à l'égard des actions ou des éléments d'actif de sa filiale en propriété exclusive Continental Bank Leasing Corp. («Leasing»). Central Capital Leasing («Central»), qui avait des inquiétudes au sujet de la solvabilité de plusieurs locataires et de certaines obligations fiscales éventuelles de Leasing, a proposé

form a partnership with several Central subsidiaries to carry on the same business as Leasing, transfer its assets other than the excluded leases to the partnership using an election under s. 97(2) of the *Income Tax Act*, a rollover provision, distribute its partnership interest to the Bank at its cost base as part of its winding-up, and then have the Bank sell its interest to Central or its subsidiaries. A master agreement was signed setting out the various steps to be executed by the parties. The partnership was formed on December 24, 1986; all partners, except Leasing, gave representations and warranties that they were and would remain duly registered and qualified to carry on the business of the partnership. On December 27, Leasing and the Bank signed an indenture providing for the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank. On December 29, 1986, the Bank sold the interest in the partnership to subsidiaries of Central. Leasing filed its income tax return for 1987 based on these transfers. The Minister of National Revenue reassessed Leasing on the basis that the partnership transaction was invalid and that the true nature of the transaction was a disposition by Leasing of its leasing assets to Central, making the s. 97(2) election invalid and giving rise to recaptured capital cost allowance in the hands of Leasing. Under s. 174(2) of the *Bank Act*, a bank may not, directly or indirectly, participate in a partnership in Canada. Section 34 of the Ontario *Partnerships Act* provides that a partnership is "dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership". The Tax Court of Canada allowed Leasing's appeal of the reassessment. The Federal Court of Appeal reversed that decision.

Held (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the other aspects of Bastarache J.'s reasons were agreed with, s. 34 of the Ontario *Partnerships Act* did not render the partnership between Leasing and its partners void. The business of a partnership is not rendered illegal merely because an investor holds shares in a corporate partner in the partnership when the

une opération par laquelle Leasing formerait, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes activités que Leasing, transférerait ses éléments d'actif à cette société, à l'exception des baux exclus, en effectuant le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, disposition permettant de faire un transfert libre d'impôt, attribuerait sa participation dans la société à la Banque au prix de base dans le cadre de sa liquidation, puis ferait en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales. Les parties ont signé un accord principal faisant état des différentes démarches qu'elles devaient effectuer. La société en nom collectif a été formée le 24 décembre 1986; dans le contrat de société, des déclarations et des garanties émanant de tous les associés, sauf Leasing, précisaient qu'ils étaient et demeureraient dûment inscrits et compétents pour exploiter l'entreprise de la société. Le 27 décembre, Leasing et la Banque ont signé un contrat transférant à la Banque la participation de Leasing dans la société. Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu sa participation dans la société aux filiales de Central. Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année 1987 sur la base de ces transferts. Le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation sur le fondement que l'opération créant la société en nom collectif était invalide et qu'il s'agissait en réalité d'une disposition, par Leasing, de ses éléments d'actif de crédit-bail en faveur de Central, de sorte que le choix fait en application du par. 97(2) était invalide et qu'il y avait lieu de récupérer la déduction pour amortissement dans les mains de Leasing. Aux termes du par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, une banque ne peut pas, directement ou indirectement, participer à une société en nom collectif au Canada. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario dispose qu'une société en nom collectif est «dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif». La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Leasing à l'encontre de la nouvelle cotisation. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Bien qu'il y ait accord avec tous les autres aspects des motifs du juge Bastarache, l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario n'a pas eu pour effet de frapper de nullité la société formée par Leasing et ses associés. Le fait qu'un investisseur possède des actions d'une société actionnaire d'une société

law says it should not. The partnership must be distinguished from those who may invest in or support the partners that make it up. Prior to December 27, 1986, the Bank was not a partner. It merely held shares in one of the partners, Leasing, which was a separate and legally distinct corporation. Section 174 of the *Bank Act* accordingly did not make it unlawful for the partnership to carry on its business, or for Leasing to be a partner, prior to December 27. The partnership was not dissolved under s. 34 of the *Partnerships Act* simply because the Bank should not have held shares in one of the partners. Nor can Leasing's participation in the partnership be considered unlawful within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. A finding that Leasing's participation should be void or unenforceable for public policy reasons does not necessarily mean that its participation was illegal or unlawful in the traditional sense of either term. Moreover, public policy requires that breaches of the *Bank Act* should not lead to the invalidation of contracts and other transactions. More importantly, s. 20(1) of the *Bank Act*, which stipulates that no act of a bank is invalid by reason only of a contravention of that Act, supports the view that Parliament never intended breaches of the *Bank Act* to render bank transactions null and void. Since the partnership was valid between December 24 and December 27, the election under s. 97(2) of the *Income Tax Act* was also valid.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. (dissenting): In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties. On the face of the agreements entered into, the parties created a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, which provides that partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. Moreover, the

en nom collectif, malgré que la loi dise qu'il ne devrait pas le faire, ne rend pas illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif. Une distinction doit être faite entre la société en nom collectif et les parties qui investissent dans les associés la composant ou qui les appuient autrement. Avant le 27 décembre 1986, la Banque n'était pas un associé au sein de la société en nom collectif. Elle détenait simplement des actions de l'un des associés, en l'occurrence Leasing, une personne morale distincte sur le plan juridique. L'article 174 de la *Loi sur les banques* ne rendait donc pas illégale l'exploitation par la société en nom collectif de son entreprise, ou la participation de Leasing en tant qu'associé, avant le 27 décembre 1986. La société en nom collectif n'a pas été dissoute par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* tout simplement parce que la Banque n'aurait pas dû détenir des actions de l'un des associés de celle-ci. La participation de Leasing dans la société en nom collectif ne peut pas non plus être considérée comme illégale au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la doctrine de l'illégalité en common law. La conclusion que la participation de Leasing à la société en nom collectif devrait être nulle ou inexécutable pour des raisons d'ordre public ne signifie pas nécessairement que sa participation était «*illegal*» ou «*unlawful*» au sens traditionnel de ces mots. De plus, l'ordre public commande que les contraventions à la *Loi sur les banques* n'entraînent pas l'invalidation de contrats et autres opérations. Fait plus important encore, le par. 20(1) de la *Loi sur les banques*, qui indique que les actes d'une banque ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à cette loi, étaye le point de vue selon lequel le législateur fédéral n'a jamais voulu que les violations de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité des opérations des banques. Comme la société en nom collectif était valide entre les 24 et 27 décembre 1986, le choix fait en vertu du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était lui aussi valide.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache (dissidents): Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties. Tel qu'il appert à la lecture des accords conclus par les parties, ces dernières ont créé une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, qui dispose que la société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes exploitant une entreprise en

parties acted upon the agreements and the agreements governed their affairs. While it is true that between December 24 and December 27, 1986, no meetings were held, no new transactions were entered into by the parties and no decisions were made, there was no termination of Leasing's contracts with its customers when Leasing's business and assets were transferred to the partnership and the contracts continued during this period. The fact that no new business was created during the period of Leasing's and the Bank's involvement in the partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. As well, the business that was carried on was carried on by the partners in common. Leasing and the Bank held themselves out as partners, and conducted themselves as partners for the duration of their memberships in the partnership. The business was also carried on with a view to profit. The partnership agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the partnership and the partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing.

While the Bank contravened s. 174(2)(i) of the *Bank Act* by entering into a partnership, the prohibition in that provision does not make partnerships *ultra vires* the Bank. Under s. 18(1) of the Act, a bank has the "capacity and . . . the rights, powers and privileges of a natural person". Section 20(1) states that "[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act". While s. 20(1) is not a complete bar to the application of the doctrine of illegality in the appropriate case, the doctrine does not apply in the present circumstances. Section 20(1) is not in conflict with s. 34 of the Ontario *Partnerships Act*, however, which has the effect of dissolving the unlawfully formed partnership *ab initio*. Payment of the penalties set out in s. 174(16) of the *Bank Act* does not render lawful what the *Bank Act* prohibits. Any indirect participation by a bank, through a subsidiary company, for example, makes the carrying on of business in the partnership "unlawful" within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act*. Leasing's participation in the partnership can also be considered "unlawful" by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. While it may not be strictly contrary to the *Bank Act* for Leasing to enter into a partnership, in all of the circumstances it is contrary to public policy to allow the parties to benefit from their deliberate breach of the Act's prohibitions. The collapse of the partnership scheme *vis-à-vis* Leasing does not change the fact that Leasing's

commun en vue de réaliser un bénéfice. De plus, les parties ont appliqué les accords et ceux-ci ont régi leurs affaires. S'il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise, les contrats liant Leasing et ses clients n'ont pas été résiliés lorsqu'il y a eu transfert de l'entreprise de Leasing et de ses éléments d'actif, et ils ont continué de s'appliquer pendant cette période. Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant cet intervalle. De plus, l'entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Leasing et la Banque se sont présentées comme tels, et elles se sont comportées comme des associés pendant la durée de leur participation à la société. L'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice. Le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l'entreprise de crédit-bail exploitée par la société et celle-ci a continué l'entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing.

Bien que la Banque ait contrevenu à l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques* en participant à une société en nom collectif, l'interdiction prévue dans cette disposition ne rend pas *ultra vires* la participation de la Banque à une telle société. Aux termes du par. 18(1) de la Loi, la banque a «la capacité d'une personne physique». Le paragraphe 20(1) indique que «[l]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi». Même si le par. 20(1) ne fait pas entièrement obstacle à l'application de la théorie de l'illégalité dans les cas qui s'y prêtent, celle-ci ne s'applique pas dans les circonstances de la présente espèce. Le paragraphe 20(1) de la *Loi sur les banques* n'est pas incompatible avec l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* qui a pour effet de dissoudre *ab initio* les sociétés en nom collectif illégalement formées. Le paiement des amendes prévues au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* ne rend pas légal l'acte que cette loi interdit. Toute participation indirecte d'une banque, par l'entremise d'une filiale par exemple, rend l'exploitation de l'entreprise dans le cadre d'une société en nom collectif «illégal» au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. La participation de Leasing à la société en nom collectif peut encore être considérée «illégal» en raison du volet ordre public de la théorie de l'illégalité en common law. Bien qu'il ne soit pas strictement contraire à la *Loi sur les banques* pour Leasing de participer à une société en nom collectif, compte tenu de toutes les circonstances, il est con-

assets were transferred to Central's subsidiaries on December 24, 1986. Because these assets were not transferred to a partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, Leasing cannot take advantage of that rollover provision and is therefore liable for the recapture of capital cost allowance on its depreciable assets pursuant to s. 13 of the *Income Tax Act*.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22.

By Bastarache J. (dissenting)

Continental Bank of Canada v. Canada, [1998] 2 S.C.R. 358; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Orion Finance Ltd. v. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78; *Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358, aff'd on other grounds, [1968] S.C.R. 828; *Royal Bank of Canada v. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636; *Still v. Minister of National Revenue* (1997), 221 N.R. 127; *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678; *Menard v. Génereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55; *Holman v. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120; *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 18(1), 20(1), 174(2)(i), (16), 246.
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, ss. 15(1), 16(3).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 13 [am. 1976-77, c. 4, s. 3; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 5], 56(4), 85(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 48; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; am.

traire à l'ordre public de permettre aux parties à l'opération de profiter de leur violation délibérée des interdictions prévues par la Loi. La dissolution de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing ne change rien au fait que les éléments d'actif de Leasing ont été transférés aux filiales de Central le 24 décembre 1986. Ces biens n'ayant pas été transférés à une société en nom collectif pour l'application du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Leasing ne peut se prévaloir de cette disposition et doit donc inclure dans son revenu, conformément à l'art. 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la récupération de la déduction pour amortissement à l'égard de ses biens amortissables.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Salomon c. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Banque Continentale du Canada c. Canada, [1998] 2 R.C.S. 358; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Orion Finance Ltd. c. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78; *Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. c. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Sidmay Ltd. c. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358, conf. pour d'autres motifs, [1968] R.C.S. 828; *Royal Bank of Canada c. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636; *Still c. Ministre du Revenu national* (1997), 221 N.R. 127; *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678; *Menard c. Génereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55; *Holman c. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120; *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 13 [mod. 1976-77, ch. 4, art. 3; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 5], 56(4), 85(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; mod. 1985, ch. 45, art. 41], 88(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; mod. 1979, ch. 5, art. 29; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48], 97(1), (2) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 61; mod.

1985, c. 45, s. 41], 88(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 52; am. 1979, c. 5, s. 29; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 48], 97(1), (2) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 61; am. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; am. 1985, c. 45, s. 49]. *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, ss. 1(1)(a) "business", 2, 15, 34.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "unlawful".
Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. London: Butterworths, 1996.
Contracts: Cases and Commentaries, 5th ed. Edited by Christine Boyle and David R. Percy. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 1, 8th ed. Toronto: Canada Law Book, 1986.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 1997, release No. 3).
 Manzer, Alison R. *The Bank Act Annotated*. Toronto: Butterworths, 1993.
 Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 713, 199 N.R. 9, 25 B.L.R. (2d) 149, 96 D.T.C. 6355, [1997] 1 C.T.C. 13, [1996] F.C.J. No. 710 (QL), allowing the Crown's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] T.C.J. No. 585 (QL), allowing the taxpayer's appeal from a reassessment. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting.

1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; mod. 1985, ch. 45, art. 49].
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 18(1), 20(1), 174(2)i), (16), 246.
Loi sur les corporations commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 15(1), 16(3).
Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 1(1)(a) «business», 2, 15, 34.

Doctrine

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «unlawful».
Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. London: Butterworths, 1996.
Contracts: Cases and Commentaries, 5th ed. Edited by Christine Boyle and David R. Percy. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 1, 8th ed. Toronto: Canada Law Book, 1986.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 1997, release No. 3).
 Manzer, Alison R. *The Bank Act Annotated*. Toronto: Butterworths, 1993.
 Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 3 C.F. 713, 199 N.R. 9, 25 B.L.R. (2d) 149, 96 D.T.C. 6355, [1997] 1 C.T.C. 13, [1996] A.C.F. n° 710 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par la Couronne contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] A.C.I. n° 585 (QL), ayant accueilli l'appel du contribuable contre la nouvelle cotisation. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents.

H. Lorne Morphy and Kent E. Thomson, for the appellant.

Larry R. Olsson, Q.C., and S. Patricia Lee, for the respondent.

Harry Underwood and Ira Nishisato, for the intervener.

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

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

¹ This appeal and a related appeal (*Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358) concern events arising out of the winding-up of Continental Bank of Canada (the "Bank") and its subsidiary, Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing"). The broad issue is the validity of a transaction by which Central Capital Leasing ("Central") ultimately became the owner of leasing assets formerly held by the Bank and Leasing. The transaction involved the formation of a partnership into which Leasing transferred its leasing assets in return for a 99 percent interest in a partnership. Leasing transferred that partnership interest to the Bank, which subsequently sold it to Central's subsidiaries. These transactions ultimately permitted Leasing to file an election pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended; this election was rejected by the Minister of National Revenue.

II. Factual Background

² The Bank was incorporated by an Act of Parliament in 1977 and commenced operations in 1979. In October 1981, the Bank amalgamated with IAC Limited ("IAC") and became the successor corporation to IAC. Prior to the amalgamation, IAC carried on a sales finance and leasing business which involved, among other things, the purchase of depreciable assets by IAC, including heavy equip-

H. Lorne Morphy et Kent E. Thomson, pour l'appelante.

Larry R. Olsson, c.r., et S. Patricia Lee, pour l'intimée.

Harry Underwood et Ira Nishisato, pour l'intervenant.

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

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi qu'un pourvoi connexe (*Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358) portent sur les suites de la liquidation de la Banque Continentale du Canada (la «Banque») et de sa filiale, Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»). Globalement, la question en litige est la validité d'une opération au terme de laquelle Central Capital Leasing («Central») est devenue propriétaire d'éléments d'actif de crédit-bail auparavant détenus par la Banque et par Leasing. L'opération a comporté la formation d'une société de personnes — ou société en nom collectif — à laquelle Leasing a transféré ses éléments d'actif de crédit-bail en contrepartie d'une participation de 99 pour cent dans la société. Leasing a cédé cette participation à la Banque, qui l'a subséquemment vendue à des filiales de Central. En bout de ligne, ces diverses opérations ont permis à Leasing d'effectuer le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications; ce choix a été refusé par le ministre du Revenu national.

II. Les faits

Constituée en personne morale en 1977 par une loi fédérale, la Banque a commencé ses activités en 1979. En octobre 1981, elle a fusionné avec IAC Limited («IAC»), dont elle est devenue la corporation remplaçante. Avant la fusion, IAC exerçait des activités de financement et de crédit-bail comportant notamment l'achat de biens amortissables, y compris du matériel lourd et des aéronefs,

ment and aircraft, which were then leased for a term of years to corporations that required the use of the assets in their businesses. In 1981, Leasing was incorporated as a subsidiary of the Bank pursuant to amendments to the *Bank Act* in 1980 which permitted chartered banks to carry on leasing businesses through wholly owned subsidiaries. In 1986, the Bank, no longer being viable, made a decision to wind up its affairs. On October 31, 1986, the Bank entered into an asset purchase agreement with Lloyds Bank plc of London ("Lloyds") whereby Lloyds agreed to purchase all of the Bank's assets except the shares of Leasing, the remaining leases still held directly by the Bank and its international loan portfolio. The Bank invited offers for the purchase of either the assets of Leasing or its shares.

Pursuant to an agreement accepted by the Bank on October 15, 1986, Central agreed to purchase the shares of Leasing from the Bank. The October 15th agreement was made on the understanding that any leasing assets held directly by the Bank would be transferred to Leasing prior to the completion of the sale of the shares of Leasing. The October 15th agreement was conditional on certain due diligence to be conducted by Central.

On November 1, 1986, the Bank transferred the leasing assets held directly by it to Leasing, in contemplation of the share sale. The share sale transaction, however, was never completed. After conducting due diligence in respect of the October 15th agreement, Central expressed concern with regard to certain tax liabilities of Leasing and the creditworthiness of seven lessees. Given that the Bank was in the process of winding-up, it was not prepared to assume the contingent tax liabilities and the parties were at an impasse.

In December 1986, Central proposed an alternative transaction which was structured to replicate the economic consequences of the October 15th agreement, but would exclude the seven leases about which Central had expressed concern and

qui étaient ensuite loués pendant un certain nombre d'années à des personnes morales qui en avaient besoin dans le cadre de leurs activités. En 1981, Leasing a été constituée en personne morale à titre de filiale de la Banque, conformément à des modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 1980 qui autorisaient les banques à charte à exercer des activités de crédit-bail par l'entremise de filiales possédées en propriété exclusive. En 1986, la Banque, qui n'était plus une entreprise viable, a décidé de liquider ses activités. Le 31 octobre 1986, elle a conclu avec la Lloyds Bank plc of London («Lloyds») un accord aux termes duquel Lloyds acceptait de se porter acquéreur de la totalité des éléments d'actif de la Banque, à l'exception des actions de Leasing, des baux encore détenus directement par la Banque et de son portefeuille de prêts internationaux. La Banque a sollicité des offres d'achat à l'égard soit des éléments d'actif de Leasing soit de ses actions.

Aux termes d'un accord accepté par la Banque le 15 octobre 1986, Central a convenu de se porter acquéreur des actions de Leasing. Selon cet accord, il était entendu que les éléments d'actif de crédit-bail détenus directement par la Banque seraient transférés à Leasing avant que soit réalisée la vente des actions. La conclusion de l'accord du 15 octobre était subordonnée à la réalisation d'un contrôle préalable par Central.

Le 1^{er} novembre 1986, la Banque a transféré à Leasing les éléments d'actif de crédit-bail qu'elle détenait directement en prévision de la vente des actions. Or, celle-ci n'a jamais été réalisée. À l'issue du contrôle préalable de l'accord du 15 octobre, Central a exprimé des inquiétudes à l'égard de certaines obligations fiscales de Leasing et de la solvabilité de sept locataires. Comme la Banque était en cours de liquidation, elle n'était pas disposée à prendre à sa charge les obligations fiscales éventuelles. Les parties se sont alors retrouvées dans une impasse.

En décembre 1986, Central a proposé une nouvelle opération qui était conçue de manière à produire les mêmes conséquences financières que l'accord du 15 octobre, mais qui excluait les sept baux à l'égard desquels Central avait exprimé des

3

4

5

would avoid the contingent tax liabilities. This transaction is the one giving rise to this appeal. In essence, Central proposed that Leasing form a partnership with several Central subsidiaries to carry on the same business as Leasing, transfer its assets into the partnership using an election under s. 97(2) of the *Income Tax Act*, distribute its partnership interest to the Bank at its cost base pursuant to s. 88 of the *Income Tax Act*, and then have the Bank sell its interest to Central or its subsidiaries.

inquiétudes, et permettait d'éviter les obligations fiscales éventuelles. Il s'agit de l'opération à l'origine du présent pourvoi. Essentiellement, Central a proposé que Leasing forme, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes activités que Leasing, qu'elle transfère ses éléments d'actif à cette société en effectuant le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'elle attribue sa participation dans la société à la Banque, au prix de base, suivant l'art. 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, puis qu'elle fasse en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales.

6 The transaction was governed by the provisions of a Master Agreement that was signed on December 23, 1986 by the Bank, Leasing, Central, Central Capital Management Inc. ("CCMI"), 693396 Ontario Limited ("693396"), 693397 Ontario Limited ("693397") and 153587 Canada Limited ("153587"). CCMI, 693396 and 693397 were wholly owned subsidiaries of Central. 153587 was a shelf company. The Master Agreement set out the following steps that were executed by the parties:

L'opération était régie par les stipulations d'un accord principal signé le 23 décembre 1986 par la Banque, Leasing, Central, Central Capital Management Inc. («CCMI»), 693396 Ontario Limited («693396»), 693397 Ontario Limited («693397») et 153587 Canada Limited («153587»). CCMI, 693396 et 693397 étaient des filiales appartenant en propriété exclusive à Central. 153587 était une société inactive. L'accord principal énumérait les différentes étapes franchies par les parties:

(a) On December 23, 1986, Leasing acquired certain additional leasing assets that were to be included at the request of Central in the agreement.

a) Le 23 décembre 1986, Leasing a fait l'acquisition de certains éléments d'actif de crédit-bail supplémentaires qui, à la demande de Central, devaient être visés par l'accord.

(b) On December 24, 1986, Leasing and 153587 amalgamated and continued as one corporation under the name Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing"). The Bank was the sole shareholder of the corporation. This created a new year end for Leasing on December 23, 1986.

b) Le 24 décembre 1986, Leasing et 153587 ont fusionné et ont poursuivi leurs activités sous la dénomination Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»). La Banque était l'unique actionnaire de la personne morale issue de la fusion. La fusion s'est traduite par une nouvelle date de clôture d'exercice pour Leasing, soit le 23 décembre 1986.

(c) On December 24, 1986, Leasing formed a partnership, known as Central Capital Leasing (the "Partnership"), with 693396 and CCMI. Leasing contributed its leasing business to the Partnership in return for a 99 percent interest in the Partnership, and filed an election pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*. 693396 and CCMI each contributed \$656,929 to the Partnership and each received one-half of a 1 percent interest. Under the Partnership Agreement, 693396 and CCMI gave

c) Le 24 décembre 1986, Leasing a formé avec 693396 et CCMI une société en nom collectif appelée Central Capital Leasing (la «Société»). Leasing a transféré son entreprise de crédit-bail à la Société, en contrepartie d'une participation de 99 pour cent dans celle-ci, et elle a effectué le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. CCMI et 693396 ont chacune fait un apport de 656 929 \$ à la Société en contrepartie d'une participation de 0,5 pour cent chacune. Le

representations and warranties that they were and would remain duly registered and qualified to carry on the business of the Partnership and enable it to own or lease property, that they could fulfill their partnership obligations without violating the terms of their constating documents or other agreements, and that their forming the Partnership would not result in the breach of any law or agreement. Leasing declined to give such representations.

(d) The first fiscal period for the Partnership ended on December 27, 1986.

(e) On December 27, 1986, as part of its winding-up, Leasing and the Bank signed an indenture providing for the transfer of Leasing's 99 percent partnership interest to the Bank pursuant to s. 88 of the *Income Tax Act*.

(f) On December 29, 1986, the Bank purchased secured notes and subordinated convertible debentures of Central for a total amount of \$130,071,985. This amount was credited to Central on the books of the Bank.

(g) On December 29, 1986, the Bank sold the interest in the Partnership to 693396 and 693397 for a total purchase price of \$130,071,985. Pursuant to the Partnership Interest Purchase Agreement and Assignment Agreement, 693396 purchased 1/11 of the partnership interest and 693397 purchased 10/11 of the partnership interest. The agreements were signed on December 24, 1986 and were effective December 29, 1986.

On February 4, 1987, 693397 sent a cheque to Leasing from the Partnership in the amount of \$130,726 in respect of Leasing's net earnings as the 99 percent partner of Central Leasing for the fiscal year December 24 to 27, 1986.

Leasing filed its income tax return for 1987 on the basis that pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, it transferred all of its leasing assets, with the exception of the seven excluded leases, to the

contrat de société renfermait certaines déclarations et garanties émanant de 693396 et CCMI précisant qu'elles étaient et demeureraient dûment inscrites et compétentes pour exploiter l'entreprise de la Société et lui permettre de posséder ou de louer des biens, qu'elles pouvaient remplir leurs obligations dans le cadre de la Société sans contrevenir à leurs documents constitutifs ou à quelque autre accord et que le fait qu'elles formaient la Société n'entraînerait pas la violation de quelque loi ou accord. Leasing a refusé de faire de telles déclarations.

d) Le premier exercice de la Société a pris fin le 27 décembre 1986.

e) Le 27 décembre 1986, dans le cadre de la liquidation, Leasing et la Banque ont signé un contrat prévoyant le transfert à la Banque de la participation de 99 pour cent de Leasing dans la Société conformément à l'art. 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

f) Le 29 décembre 1986, la Banque a acheté des billets garantis et des débetures subalternes convertibles de Central pour un montant total de 130 071 985 \$. Cette somme a été portée au crédit de Central dans les registres de la Banque.

g) Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu à 693396 et 693397 sa participation dans la Société pour un prix d'achat total de 130 071 985 \$. Aux termes du contrat d'achat de la participation dans la Société et du contrat de cession, 693396 et 693397 ont acheté respectivement 1/11 et 10/11 de la participation dans la Société. Ces contrats ont été signés le 24 décembre 1986 et ont pris effet le 29 décembre 1986.

Le 4 février 1987, 693397 a fait parvenir à Leasing un chèque de la Société, fait au montant de 130 726 \$ et correspondant aux bénéfices nets de Leasing en tant qu'associé détenteur d'une participation de 99 pour cent dans Central Leasing pour l'exercice allant du 24 au 27 décembre 1986.

Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987 en tenant pour acquis que, en application du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle avait, le 24 décembre 1986,

Partnership on December 24, 1986 in return for its interest in the Partnership and that it transferred its interest in the Partnership to the Bank as part of its winding-up pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*.

⁹ On October 12, 1989, the Minister of National Revenue issued a Notice of Reassessment for the 1987 taxation year. Revenue Canada reassessed Leasing on the basis that the partnership transaction was invalid and that the true nature of the transaction was a disposition by Leasing of its leasing assets to Central, making the s. 97(2) election invalid and giving rise to recaptured capital cost allowance in the hands of Leasing.

III. Relevant Statutory Provisions

¹⁰ The following statutory provisions are relevant to this appeal:

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1

18. (1) A bank has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person.

20. (1) No act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act.

174. . . .

(2) Except as authorized by or under this Act and in accordance with such terms and conditions, if any, as are prescribed by the regulations, a bank shall not, directly or indirectly,

(i) acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership;

(16) A bank that contravenes any of paragraphs (2)(a), (c), (f), (h), (i) or (j) is guilty of an offence and

transféré tous ses éléments d'actif de crédit-bail — à l'exception des sept baux exclus — à la Société en contrepartie de sa participation dans celle-ci, et qu'elle avait ensuite transféré cette participation à la Banque dans le cadre de sa liquidation par application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le 12 octobre 1989, le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1987. Revenu Canada a établi cet avis sur le fondement que l'opération créant la société en nom collectif était invalide et qu'il s'agissait en réalité d'une disposition, par Leasing, de ses éléments d'actif de crédit-bail en faveur de Central, de sorte que le choix fait en application du par. 97(2) était invalide et qu'il y avait lieu de récupérer la déduction pour amortissement dans les mains de Leasing.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes aux fins du présent pourvoi sont les suivantes:

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1

18. (1) La banque a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique.

20. (1) Les actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi.

174. . . .

(2) Sauf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application, et conformément aux modalités fixées par règlement, la banque ne peut, directement ou indirectement:

i) acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société;

(16) La banque qui contrevient aux alinéas (2)a), c), f), h), i) ou j) commet une infraction et encourt, sur

liable on summary conviction to a fine not exceeding five hundred dollars in respect of each contravention.

Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. . . .

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended

85. (1) Where a taxpayer has after May 6, 1974 disposed of any of his property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a non-resident person), a Canadian resource property, a foreign resource property, an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, if the taxpayer and the corporation have jointly so elected in prescribed form and within the time referred to in subsection (6), the following rules apply:

(a) the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property shall be deemed to be the taxpayer's proceeds of disposition of the property and the corporation's cost of the property;

88. (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "subsidiary") has been wound up after May 6, 1974 and not less than 90% of the issued shares of each class of the capital stock of the subsidiary were, immediately before the winding-up, owned by another taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "parent") and all of the shares of the subsidiary that were not owned by the parent immediately before the winding-up were owned at that time by persons with whom the parent was dealing

déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq cents dollars pour chaque contravention.

Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370 (ci-après la «*Loi sur les sociétés en nom collectif*»)

[TRADUCTION]

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. . . .

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégal soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications

85. (1) Lorsqu'un contribuable a disposé, après le 6 mai 1974, en faveur d'une corporation canadienne imposable et pour une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation, d'un bien lui appartenant qui était un bien en immobilisation (à l'exclusion d'un bien immeuble, d'un droit sur un tel bien et d'une option s'y rapportant, appartenant à une personne non résidente), un avoir minier canadien, un avoir minier étranger, un bien en immobilisation admissible ou les biens d'un inventaire (à l'exclusion des biens immeubles), et que le contribuable et la corporation ont fait un choix conjointement à cet égard selon le formulaire prescrit et dans le délai prévu au paragraphe (6), les règles suivantes s'appliquent:

a) la somme convenue entre le contribuable et la corporation, dans leur option, relativement au bien, est réputée être, pour le contribuable, le produit de la disposition du bien et, pour la corporation, le coût du bien;

88. (1) Lorsqu'une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 et qu'au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartenaient, immédiatement avant la liquidation, à une autre corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «corporation mère») et que toutes les actions de la filiale qui n'appartenaient pas à la corporation mère immédiatement avant la liquidation appartenaient à cette date à des personnes

at arm's length, notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

(a) . . . each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

. . .

(iii) in the case of any other property, the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

. . .

(f) where property that was depreciable property of a prescribed class of the subsidiary has been distributed to the parent on the winding-up and the capital cost to the subsidiary of the property exceeds the amount deemed by paragraph (a) to be the subsidiary's proceeds of disposition thereof, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a),

(i) notwithstanding paragraph (c) the capital cost to the parent of the property shall be deemed to be the amount that was the capital cost thereof to the subsidiary, and

(ii) the excess shall be deemed to have been allowed to the parent in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the parent of the property.

97. (1) Where at any time after 1971 a partnership has acquired property from a taxpayer who was, immediately after that time, a member of the partnership, the partnership shall be deemed to have acquired the property at an amount equal to its fair market value at that time and the taxpayer shall be deemed to have disposed of the property for proceeds equal to that fair market value.

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, other than subsection 85(5.1), where at any time after November 12, 1981 a taxpayer has disposed of any capital property, a Canadian resource property, a foreign resource property, an eligible capital property or an inventory to a partnership that immediately after that time was a Canadian partnership of which the taxpayer was a member, if the taxpayer and all the other members of the partnership have jointly so elected in prescribed

avec lesquelles la corporation mère n'avait pas de lien de dépendance, les règles suivantes s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi:

a) . . . tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale à un prix égal,

. . .

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation, dans le cas de tout autre bien;

. . .

f) lorsqu'un bien, qui était un bien amortissable d'une catégorie prescrite de la filiale, a été attribué à la corporation mère lors de la liquidation, et que le coût en capital du bien, pour la filiale, dépasse le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a), le produit que la filiale a tiré de la disposition de ce bien, aux fins des articles 13 et 20 et de tous règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a),

(i) nonobstant l'alinéa c), le coût en capital de ce bien, pour la corporation mère, est réputé être le coût en capital de ce bien, pour la filiale, et

(ii) la corporation mère est réputée avoir été autorisée à déduire l'excédent relatif à ce bien, en vertu des règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a), lors du calcul du revenu pour les années d'imposition antérieures à l'acquisition du bien par la corporation mère.

97. (1) Lorsque, à une date quelconque après 1971, une société a acquis des biens d'un contribuable qui, immédiatement après cette date, faisait partie de la société, cette dernière est réputée les avoir acquis à un prix égal à leur juste valeur marchande à cette date et le contribuable est réputé en avoir disposé et en avoir tiré un produit égal à cette juste valeur marchande.

(2) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, sauf le paragraphe 85(5.1), lorsque, à une date quelconque après le 12 novembre 1981, un contribuable a disposé d'un de ses biens en immobilisation, d'un avoir minier canadien, d'un avoir minier étranger, d'un bien en immobilisation admissible ou des biens d'un inventaire, en faveur d'une société qui, immédiatement après cette date, était une société canadienne dont le contribuable était membre, et que le contribuable et tous les

form and within the time referred to in subsection 96(4), the following rules apply:

(a) the provisions of paragraphs 85(1)(a) to (f) apply to the disposition as if

(i) the reference therein to "corporation's cost" were read as a reference to "partnership's cost",

(ii) the references therein to "other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares" and to "other than shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares" were read as references to "other than an interest in the partnership",

(iii) the references therein to "shareholder of the corporation" were read as references to "member of the partnership",

(iv) the references therein to "the corporation" were read as references to "all the other members of the partnership", and

(v) the references therein to "to the corporation" were read as references to "to the partnership";

(b) in computing, at any time after the disposition, the adjusted cost base to the taxpayer of his interest in the partnership immediately after the disposition,

(i) there shall be added the amount, if any, by which the taxpayer's proceeds of disposition of the property exceed the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property, and

(ii) there shall be deducted the amount, if any, by which the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property so disposed of by him exceeds the fair market value of the property at the time of the disposition; and

(c) where the property so disposed of by the taxpayer to the partnership is taxable Canadian property of the taxpayer, the interest in the partnership received by him as consideration therefor shall be deemed to be taxable Canadian property of the taxpayer.

autres membres de la société ont fait conjointement un choix à cet égard selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe 96(4), les règles suivantes s'appliquent:

a) les alinéas 85(1)a) à f) s'appliquent à la disposition comme si un renvoi à

(i) «pour la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «pour la société»,

(ii) «autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir» était interprété comme étant un renvoi à «autre qu'une participation dans la société»,

(iii) «actionnaire de la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «membre de la société»,

(iv) «la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «tous les autres membres de la société», et

(v) «à la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «à la société»;

b) dans le calcul, à une date quelconque après la date de la disposition, du prix de base rajusté, pour le contribuable, de sa participation dans la société, immédiatement après la disposition,

(i) il doit être ajouté la fraction, si fraction il y a, du produit que le contribuable a tiré de la disposition des biens qui est en sus de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu'une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens, et

(ii) il doit être déduit la fraction, si fraction il y a, de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu'une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens dont il a ainsi disposé qui est en sus de leur juste valeur marchande à la date de la disposition; et

c) lorsque les biens dont le contribuable a ainsi disposé en faveur de la société sont des biens canadiens imposables du contribuable, la participation dans la société qu'il a reçue en contrepartie est réputée être un bien canadien imposable du contribuable.

IV. Judicial History

Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135

11 Bowman J.T.C.C. allowed Leasing's appeal of the reassessment. Dealing first with illegality under s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, Bowman J.T.C.C. recognized that Leasing's entering into the Partnership was a breach of the *Bank Act*, given that this resulted in indirect participation of the Bank in a partnership. Bowman J.T.C.C. held, however, that the breach of the *Bank Act* was not sufficient to invalidate the scheme because the *Bank Act* provides a penalty for the breach and because s. 20(1) preserves the validity of the impugned act.

12 Bowman J.T.C.C. concluded that the scheme, in substance, was a single transaction designed to sell Leasing's assets and that the Partnership was merely a means to an end. He held that neither the Bank nor Leasing had intended to enter into a long-term partnership with Central. In his opinion, the scheme had been designed to enable the Bank to divest the leasing assets at a tax cost roughly equivalent to the cost of a share transaction. However, in his opinion, the scheme was not a sham. He held that the Bank and Central had been at arm's length and that their legal relationships had been real and binding. He held that the parties would not have been able to tell a third party that they were not partners and had not disguised another type of legal relationship. In his opinion, a sham requires a different, real, legal relationship behind a legal facade. Bowman J.T.C.C. concluded that the legal reality was the same as the apparent legal relationships; therefore, there had been no sham.

13 Bowman J.T.C.C. held that the requirement to consider "substance over form" in income tax law

IV. L'historique des procédures

Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135

Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Leasing à l'encontre de la nouvelle cotisation. Examinant d'abord l'illégalité reprochée au regard de l'al. 174(2)i de la *Loi sur les banques*, il a reconnu que la participation de Leasing à la Société avait constitué une violation de cette loi, étant donné qu'elle avait donné lieu à la participation indirecte de la Banque à une société de personnes (ou société en nom collectif). Il a conclu toutefois que la violation de la *Loi sur les banques* n'était pas suffisante pour invalider le stratagème, car la *Loi sur les banques* prévoit une peine à cet égard et le par. 20(1) protège la validité de l'acte reproché.

Le juge Bowman a conclu que le stratagème était essentiellement une seule et même opération visant à vendre les éléments d'actif de Leasing et que la Société constituait uniquement un moyen de parvenir à cette fin. Il a conclu que ni la Banque ni Leasing n'avaient eu l'intention de s'engager à long terme dans le cadre d'une société en nom collectif avec Central. À son avis, le stratagème avait plutôt été conçu afin de permettre à la Banque de se départir des éléments d'actif de crédit-bail à un coût fiscal équivalant en gros à celui de la vente des actions. Le juge Bowman a cependant estimé que l'opération n'était pas un trompe-l'œil. Il est arrivé à la conclusion que la Banque et Central n'avaient aucun lien de dépendance entre elles et que leurs rapports juridiques étaient réels et obligatoires. Il a jugé que les parties n'auraient pas été en mesure de dire à un tiers qu'elles n'étaient pas des associés et qu'elles n'avaient pas camouflé un autre type de relation juridique. À son avis, pour qu'il y ait trompe-l'œil, il doit exister, derrière la façade juridique, une autre relation juridique véritable. Le juge Bowman a conclu que la réalité juridique qui était à la base de la relation juridique apparente était la même que celle qui apparaissait à la surface, de sorte qu'il n'y avait pas de trompe-l'œil.

Le juge Bowman a conclu que l'exigence selon laquelle il faut, en droit fiscal, considérer que «le

does not mean that the legal effect of a transaction is irrelevant, nor does it mean that one is entitled to treat substance as synonymous with economic effect. He held that he could not ignore the form of the legally binding relations in this case because the essential nature of a transaction cannot be altered for income tax purposes by nomenclature. Bowman J.T.C.C. concluded that the ultimate purpose of the transactions did not warrant a disregard of the legal relations created by the scheme; therefore, the parties had formed a valid partnership.

With respect to the sale of the partnership interest in the final step of the scheme, Bowman J.T.C.C. held that the Bank had not traded its partnership interest in the same way that a speculator or trader would trade land or securities. He held that the Bank's partnership interest had been a capital asset and that any characterization of the disposition of the partnership interest had to consider the context in which the transaction had occurred. The reasons for disposing of the partnership interest, in the context of a composite transaction forming an integral part of the winding up of Leasing, were sufficient to dispel any inference that the Bank had been engaged in a profit-making scheme. He noted that when subsidiaries are wound up, their assets are often transferred at cost to their parents to be immediately resold. He also noted that under s. 85 of the *Income Tax Act*, assets that are not inventory may be rolled into a corporation at their cost amount and immediately resold by the corporation at a profit without becoming inventory, because of the rapidity of the resale. Bowman J. rejected the Crown's argument that the Bank's gain on the sale of its partnership interest was income from an adventure in the nature of trade.

Bowman J. rejected the Crown's argument that the transactions violated the object and spirit of s.

fond l'emporte sur la forme» en matière fiscale ne veut pas dire que l'effet juridique d'une opération n'est pas pertinent ou que le fond peut être considéré comme synonyme d'effet financier. Il a statué qu'il ne pouvait pas faire abstraction de la forme des relations juridiquement obligatoires établies en l'espèce, car, aux fins de l'impôt sur le revenu, on ne peut changer la nature essentielle d'une opération en l'appelant différemment. Il a conclu que l'objectif ultime des opérations ne justifiait pas que l'on fasse abstraction des relations juridiques créées par le stratagème et que, en conséquence, les parties avaient formé une société en nom collectif valide.

En ce qui concerne la vente de la participation dans la Société à l'étape finale du stratagème, le juge Bowman a conclu que la Banque n'avait pas traité sa participation dans la Société comme un spéculateur ou un courtier traitent, selon le cas, des terrains ou des valeurs mobilières. Selon lui, la participation de la Banque dans la Société constituait un bien en immobilisation et, dans toute qualification de la disposition de cette participation, il fallait tenir compte du contexte dans lequel cette opération avait été effectuée. Les motifs de la disposition de la participation dans la Société, dans le cadre d'une opération composite faisant partie intégrante de la liquidation de Leasing étaient suffisants pour écarter toute inférence que la Banque avait voulu réaliser un bénéfice. Il a souligné que, lorsqu'une filiale est liquidée, ses éléments d'actif sont souvent transférés au prix coûtant à la société mère pour être revendus immédiatement. En outre, suivant l'art. 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les biens qui ne font pas partie d'un inventaire peuvent être transférés à une corporation, au prix coûtant, puis revendus immédiatement avec profit par la corporation sans qu'ils ne deviennent des biens faisant partie d'un inventaire, vu la rapidité de la revente. Le juge Bowman a rejeté la prétention du ministère public selon laquelle le gain réalisé par la Banque lors de la vente de sa participation dans la Société constituait un revenu tiré d'une opération à caractère commercial.

Le juge Bowman n'a pas retenu l'argument du ministère public voulant que les opérations aient

14

15

97(2) of the *Income Tax Act*. He held that the words of a statute are of primary importance when determining the statute's "object and spirit", but that any interpretation of a provision inconsistent with the obvious purpose of the provision should be avoided. He held that s. 97(2) is intended to defer tax by permitting an asset transfer without triggering an immediate tax result when the transfer is to a partnership. He held that the premise underlying s. 97(2) is that a taxpayer's real economic position is not enhanced because the assets are merely being held in a different vehicle. He held that a taxpayer does not contravene s. 97(2) by taking advantage of it.

Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 713

16

The Court of Appeal rendered two separate judgments. The judgment relevant to this appeal is that dealing with the liability of Leasing for the recapture of the capital cost allowance. In this judgment, Linden J.A. for the court concluded that no valid partnership had been created or, if one had been created, that it was void or *ultra vires* the Bank. Linden J.A. held that Leasing had sold its assets to Central and had recaptured capital cost allowance; therefore, it had to pay tax on the recapture.

17

Linden J.A. agreed that the transaction had not been a sham because no element of deceit had been involved and because the scheme had formed legally binding relationships. However, he held that to achieve the desired tax results the substance of the tax transaction must be considered, the partnership scheme must be real, and its form must not be fanciful. Linden J.A. reviewed the evidence and held that the parties had not intended to carry on business with a view to profit; therefore, s. 97(2) could not be relied upon by the parties.

été contraires à l'objet et à l'esprit du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il a conclu que, dans la détermination de «l'objet et [de] l'esprit» d'une loi, les mots employés dans celle-ci ont une importance primordiale, mais qu'il faut éviter toute interprétation d'une disposition qui soit incompatible avec son objectif manifeste. Il a jugé que le par. 97(2) vise à autoriser le report de l'impôt en permettant qu'un élément d'actif soit transféré à une société en nom collectif sans déclencher de résultat fiscal immédiat. Il a statué que la prémisse qui sous-tend le par. 97(2) est que la situation financière véritable du contribuable n'est pas améliorée parce que les éléments d'actif sont simplement détenus par quelqu'un d'autre. Il a conclu qu'un contribuable ne contrevient pas au par. 97(2) parce qu'il se prévaut des dispositions de celui-ci.

Cour d'appel fédérale, [1996] 3 C.F. 713

La Cour d'appel a rendu deux jugements distincts. Le jugement pertinent en ce qui concerne le présent pourvoi est celui portant sur l'obligation de Leasing à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Dans ce jugement, le juge Linden a conclu, au nom de la cour, qu'aucune société en nom collectif valide n'avait été créée ou que, si une telle société avait été créée, sa création était frappée de nullité ou elle outrepassait les pouvoirs de la Banque. Il a statué que, comme Leasing avait vendu ses éléments d'actif à Central et récupéré la déduction pour amortissement, elle était tenue de payer de l'impôt à cet égard.

Le juge Linden a accepté que l'opération n'avait pas été un trompe-l'œil vu l'absence de tout élément de tromperie et le fait que le stratagème avait créé des relations. Cependant, il a conclu que, pour obtenir les conséquences fiscales souhaitées, la nature véritable de l'opération fiscale doit être prise en considération, la société en nom collectif mise sur pied doit être réelle et la structure utilisée ne doit pas être une fiction. Après examen de la preuve, le juge Linden a statué que les parties n'avaient pas eu l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice et que, en conséquence, elles ne pouvaient pas se prévaloir du par. 97(2).

Linden J.A. held that any involvement by the Bank in a partnership through Leasing would have been legally invalid, void and illegal because it would have contravened s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, which prohibits banks from indirectly participating in partnerships through subsidiaries. He also held that s. 34 of the *Partnerships Act* would have dissolved any partnership that might have been established because a violation of s. 174(2)(i) of the *Bank Act* would be illegal and criminal within the meaning of s. 34. He also held that a partnership was *ultra vires* the Bank. He rejected arguments that ss. 18(1) and 20(1) of the *Bank Act* offset the *ultra vires* doctrine. He held that the parties had been advised by counsel that signing the Partnership Agreement was a violation of the *Bank Act*, that flagrant violations of the *Bank Act* will not be ignored and that this is not a circumstance for which the Court of Appeal should grant relief under s. 20(1). He held the Court of Appeal was obliged to apply the doctrine of *ultra vires* and to view the scheme as invalid.

V. Issues

The following issues must be addressed to determine this appeal.

1. Was Leasing a member of a valid partnership with the subsidiaries of Central in December 1986 within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*?
2. If Leasing was a member of a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, was the partnership rendered invalid by s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, by s. 34 of the *Partnerships Act*, or by the common law doctrines of illegality or *ultra vires*?
3. If the partnership was invalid, was Leasing liable for recapture under s. 13 of the

Le juge Linden a estimé que toute participation de la Banque à une société en nom collectif par l'entremise de Leasing aurait été invalide en droit, nulle et illégale parce que contraire à l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques*, qui interdit aux banques de détenir indirectement une participation dans une telle société par l'entremise de filiales. Il a également conclu que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* aurait eu pour effet de dissoudre toute société en nom collectif mise sur pied, étant donné qu'une violation de l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques* aurait constitué un acte illégal et criminel au sens de l'art. 34. En outre, la participation à une société en nom collectif constituait un excès de pouvoir par la Banque. Il a rejeté les prétentions selon lesquelles les par. 18(1) et 20(1) de la *Loi sur les banques* faisaient contrepoids à la théorie de l'excès de pouvoir. Il a conclu que les parties avaient été informées par les avocats que la signature du contrat de société était une violation de la *Loi sur les banques*, en plus de statuer que des violations flagrantes de cette loi ne seraient pas passées sous silence et qu'il ne s'agissait pas d'une circonstance qui justifiait la Cour d'appel d'accorder une réparation en vertu du par. 20(1). Il a conclu que la Cour d'appel était tenue d'appliquer la théorie de l'excès de pouvoir et de tenir le stratagème pour invalide.

V. Les questions en litige

Les questions en litige énoncées ci-après doivent être tranchées dans le cadre du présent pourvoi:

1. En décembre 1986, Leasing faisait-elle partie, avec les filiales de Central, d'une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*?
2. Si Leasing faisait partie d'une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, cette société était-elle invalidée par l'effet de l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques*, de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ou des théories de l'illégalité ou de l'excès de pouvoir en common law?
3. Si la société en nom collectif était invalide, Leasing était-elle tenue de payer de l'impôt

Income Tax Act as the person that disposed of its depreciable assets to the Central subsidiary?

relativement à la récupération de l'amortissement en vertu de l'art. 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en tant que personne ayant disposé de ses biens amortissables en faveur de la filiale de Central?

VI. Analysis

1. *Was Leasing a member of a valid partnership with the subsidiaries of Central in December 1986 within the meaning of s. 2 of the Partnerships Act?*

20

In order to answer this question, it is necessary to consider the various legal requirements for the proper characterization of the transactions entered into by Leasing. The sham doctrine will not be applied unless there is an element of deceit in the way a transaction was either constructed or conducted. This requirement was outlined by Estey J. as follows in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 545-46:

A sham transaction: This expression comes to us from decisions in the United Kingdom, and it has been generally taken to mean (but not without ambiguity) a transaction conducted with an element of deceit so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction; or, simple deception whereby the taxpayer creates a facade of reality quite different from the disguised reality.

Both the trial judge and the Court of Appeal correctly held that the transactions entered into by the parties did not amount to a sham and the sham issue was not argued in this Court. However, the Court of Appeal, after holding that the transaction did not amount to a sham, stated that the present case is an example of a transaction "[w]here legal reality is found to be lacking" (p. 726). The Court of Appeal found that the trial judge erred in law by relying exclusively on documents and forms and did not give proper consideration to the reality of the situation.

21

After it has been found that the sham doctrine does not apply, it is necessary to examine the doc-

VI. L'analyse

1. *En décembre 1986, Leasing faisait-elle partie, avec les filiales de Central, d'une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif?*

Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner les différentes exigences juridiques applicables pour bien qualifier les opérations auxquelles Leasing a été partie. La théorie du trompe-l'œil ne s'applique qu'en présence d'un élément de tromperie dans la façon dont une opération a été conçue ou réalisée. Cette exigence a été énoncée ainsi par le juge Estey, dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 545 et 546:

Le trompe-l'œil: cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer.

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont à juste titre conclu que les opérations effectuées par les parties ne constituaient pas un trompe-l'œil, et cette question n'a pas été débattue devant notre Cour. Cependant, après avoir conclu que l'opération n'équivalait pas à un trompe-l'œil, la Cour d'appel a dit que la présente affaire est un exemple d'opération se caractérisant par une «absence de réalité juridique» (p. 726). Elle a statué que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en s'en remettant exclusivement à des documents et à des formulaires et en ne tenant pas dûment compte de la réalité de la situation.

Une fois qu'il est jugé que la théorie du trompe-l'œil ne s'applique pas, il est nécessaire d'exami-

uments outlining the transaction to determine whether the parties have satisfied the requirements of creating the legal entity that it sought to create. The proper approach is that outlined in *Orion Finance Ltd. v. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78 (C.A.), at p. 84:

The first task is to determine whether the documents are a sham intended to mask the true agreement between the parties. If so, the court must disregard the deceptive language by which the parties have attempted to conceal the true nature of the transaction into which they have entered and must attempt by extrinsic evidence to discover what the real transaction was. There is no suggestion in the present case that any of the documents was a sham. Nor is it suggested that the parties departed from what they had agreed in the documents, so that they should be treated as having by their conduct replaced it by some other agreement.

Once the documents are accepted as genuinely representing the transaction into which the parties have entered, its proper legal categorisation is a matter of construction of the documents. This does not mean that the terms which the parties have adopted are necessarily determinative. The substance of the parties' agreement must be found in the language they have used; but the categorisation of a document is determined by the legal effect which it is intended to have, and if when properly construed the effect of the document as a whole is inconsistent with the terminology which the parties have used, then their ill-chosen language must yield to the substance.

Section 2 of the *Partnerships Act* defines partnership as "the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit". This wording, which is common to the majority of partnership statutes in the common law world, discloses three essential ingredients: (1) a business, (2) carried on in common, (3) with a view to profit. I will examine each of the ingredients in turn.

The existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case. It is also determined by what the parties actually

ner les documents qui constatent l'opération pour déterminer si les parties ont satisfait aux conditions de création de l'entité juridique qu'elles entendaient créer. La démarche appropriée est énoncée dans l'arrêt *Orion Finance Ltd. c. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78 (C.A.), à la p. 84:

[TRADUCTION] La première étape consiste à déterminer si les documents constituent un trompe-l'œil destiné à masquer l'accord véritablement intervenu entre les parties. Si oui, le tribunal doit faire abstraction du langage trompeur employé par les parties pour tenter de dissimuler la véritable nature de l'opération qu'elles ont conclue et il doit tenter, à l'aide de preuves extrinsèques, de découvrir quelle était la véritable opération. On ne prétend pas, en l'espèce, que l'un ou l'autre des documents constituait un trompe-l'œil. On ne soutient pas non plus que les parties se sont écartées de ce qu'elles avaient convenu dans les documents, de telle sorte qu'elles devraient être considérées comme ayant, de par leur comportement, convenu de quelque nouvel accord.

Une fois qu'il est accepté que les documents reflètent véritablement l'opération intervenue entre les parties, on dégage la qualification juridique appropriée de celle-ci en interprétant les documents. Il ne s'ensuit pas que les termes retenus par les parties sont nécessairement déterminants. La substance de l'accord dont ont convenu les parties doit être dégagée du libellé employé, mais la qualification d'un document est déterminée par l'effet juridique qu'il est censé avoir; lorsque, suivant une interprétation appropriée, l'effet du document dans son ensemble est incompatible avec la terminologie employée par les parties, le libellé inapproprié doit céder le pas à la substance.

À l'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, le terme société en nom collectif est défini comme étant «la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Ce libellé, commun à la plupart des lois sur les sociétés en nom collectif dans les ressorts de common law, comporte trois éléments essentiels: (1) une entreprise, (2) exploitée en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice. Je vais examiner chacun de ces éléments à tour de rôle.

L'existence d'une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l'in-

22

23

intended. As stated in *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed. 1995), at p. 73: "in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case".

24 The *Partnerships Act* does not set out the criteria for determining when a partnership exists. But since most of the case law dealing with partnerships results from disputes where one of the parties claims that a partnership does not exist, a number of criteria that indicate the existence of a partnership have been judicially recognized. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts. (See A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (1994 (loose-leaf)), at pp. 2-4 *et seq.* and the cases cited therein.)

25 In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties (*Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878 (T.C.C.)). On the face of the agreements entered into by the parties, I have found that the parties created a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. I have also found that the parties acted upon the agreements and that the agreements governed their affairs.

26 It should be noted that Leasing is the company whose tax liability is the subject of this appeal. In determining the proper effect to be given to the

tention véritable des parties. Comme il est indiqué dans *Lindley & Banks on Partnership* (17^e éd. 1995), à la p. 73: [TRADUCTION] «pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritables des parties ressortant de l'ensemble des faits de l'affaire».

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne précise pas les critères qui permettent de déterminer si une telle société existe. Cependant, comme la plupart des décisions des tribunaux en matière de société en nom collectif résultent de litiges dans lesquels une des parties prétend qu'une telle société n'existe pas, un certain nombre de critères indiquant l'existence d'une société en nom collectif ont été reconnus par les tribunaux. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l'entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments; droit de propriété conjointe dans l'objet de l'entreprise; partage des profits et des pertes; droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise; production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints. (Voir A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (1994 (édition à feuilles mobiles)), aux pp. 2-4 et suiv., et la jurisprudence qui y est citée.)

Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties (*Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878 (C.C.I.)). À la lecture des accords conclus par les parties, j'arrive à la conclusion que ces dernières ont créé une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Je conclus également que les parties ont appliqué les accords et que ceux-ci ont régi leurs affaires.

Il convient de signaler que Leasing est l'entreprise dont l'obligation fiscale fait l'objet du présent pourvoi. Pour statuer sur l'effet qu'il convient

Partnership, the concern is whether Leasing was a partner in a valid partnership between December 24, 1986 and December 26, 1986. The main dispute between the parties concerns whether Leasing intended to carry on business in common with Central's subsidiaries with a view to profit. In order for Leasing to take advantage of the rollover provisions in s. 97(2) of the *Income Tax Act*, it had to be a valid member of a partnership when it transferred its assets. The dispute does not surround the validity of the partnership with respect to Central's subsidiaries who entered the Partnership on December 24, 1986 and continued to operate that Partnership long after Leasing and the Bank were no longer members.

The Partnership Agreement contains most of the standard provisions that appear in partnership agreements. The agreement provides for the carrying on of "leasing services and such other businesses as the Managing Partner may from time to time determine" (Art. 2.01); it also provides for the distribution of income or loss to "those Persons who are Partners on the last day of the fiscal year of the Partnership" (Art. 5.09) and sets out the liability of the partners (Art. 3.02). The agreement further provides for the Management of the Partnership (Art. IV), Accounts and Allocations (Art. V), Dissolution (Art. VIII) and other provisions common to partnership agreements. It is not surprising that the Partnership contains all of the provisions required to form a valid partnership. The parties intended to set up a partnership that would comply with s. 2 of the *Partnerships Act* and they succeeded.

(a) Was There a Business?

By s. 1(1)(a) of the *Partnerships Act*, "business" includes "every trade, occupation and profession". There is no doubt that equipment leasing constitutes a business within the meaning of the *Partnerships Act*. The activities carried on by Leasing that were subsequently transferred to the Partnership included sales financing and leasing, which

de reconnaître à la Société, il faut se demander si Leasing était un associé au sein d'une société en nom collectif valide entre le 24 et le 26 décembre 1986. La principale source de différend entre les parties est la question de savoir si Leasing entendait exploiter une entreprise en commun avec les filiales de Central en vue de réaliser un bénéfice. Pour que Leasing puisse profiter de la possibilité de faire le transfert libre d'impôt prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il fallait qu'elle soit véritablement membre d'une société en nom collectif lorsqu'elle a transféré ses éléments d'actif. Le différend ne porte pas sur la validité de la société en nom collectif en ce qui concerne les filiales de Central, lesquelles en sont devenues membres le 24 décembre 1986 et ont continué de l'exploiter longtemps après que Leasing et la Banque eurent cessé d'en faire partie.

Le contrat de société renferme la plupart des clauses types figurant dans les documents de cette nature. Il prévoit l'exploitation de [TRADUCTION] «services de crédit-bail et d'autres entreprises déterminées par l'associé directeur général» (art. 2.01); il pourvoit également à la répartition des revenus ou des pertes entre [TRADUCTION] «les personnes qui sont des associés le dernier jour de l'exercice de la Société» (art. 5.09); et il précise la responsabilité des associés (art. 3.02). Le contrat pourvoit également à la gestion de la Société (art. IV), aux comptes et répartitions (art. V), à la dissolution (art. VIII) et à d'autres aspects communs à toute société en nom collectif. Il n'est pas étonnant que le contrat de société renferme toutes les stipulations requises pour la création d'une société en nom collectif valide. Les parties ont voulu établir une société en nom collectif conforme à l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et elles ont réussi.

a) Existait-il une entreprise?

Aux termes de l'al. 1(1)a) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, le mot «entreprise» s'entend notamment [TRADUCTION] «d'un commerce, d'une occupation ou d'une profession». Il ne fait aucun doute que la location de matériel constitue une entreprise au sens de cette loi. Les activités exercées par Leasing qui ont subséquemment été

involved, among other things, the purchase of depreciable assets including heavy equipment and aircraft, which were then leased for a term to corporations that required the use of the assets in their business.

(b) Was the Business Carried On in Common?

29

If a partnership is to exist, it must be shown that two or more people carried on the business. It is also fundamental that the business is carried on in common (*Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 9-10). The respondent argues that no active business activity was conducted between December 24 and December 29, the period in which Leasing and subsequently the Bank were members of the Partnership. Therefore, according to the respondent, the Partnership did not carry on business within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. Further, s. A.9(a) of the Master Agreement set out that new transactions were prohibited between December 24 and December 29 without unanimous consent. Moreover, the three days over the 1986 Christmas holiday that were chosen for the purported involvement of Leasing in the Partnership ensured that no business would be conducted.

30

The issue of whether an equipment leasing operation constitutes a business for the purposes of the *Income Tax Act* was before this Court in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336. In that case, L'Heureux-Dubé J., with whom the majority agreed on that point, found that a leasing business was in fact carried on by a company to which a subsidiary transferred its leasing assets, in circumstances where the parent's sole business activity was the passive receipt of rent. At p. 359, she held:

Where machinery is rented out, the essential core operations may at times be limited to accepting rental revenue and assuming the business risk and other obligations. At any time during that period, any client could demand the execution of any of the contractual obligations, such as

transférées à la Société comprenaient le financement et le crédit-bail, ce qui emportait notamment l'achat de biens amortissables comme du matériel lourd et des aéronefs, lesquels étaient ensuite loués pendant des périodes données à des personnes morales qui en avaient besoin dans le cadre de leurs activités.

b) L'entreprise était-elle exploitée en commun?

Pour qu'une société en nom collectif existe, il doit être établi qu'au moins deux personnes exploitent l'entreprise. Il est également essentiel que l'entreprise soit exploitée en commun (*Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, aux pp. 9 et 10). L'intimée affirme qu'aucune entreprise n'était exploitée activement entre le 24 et le 29 décembre, soit la période pendant laquelle Leasing, puis la Banque, ont été membres de la Société. En conséquence, selon l'intimée, la Société n'exploitait pas une entreprise au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. En outre, l'art. A.9(a) de l'accord principal interdisait toute nouvelle opération entre le 24 et le 29 décembre sauf avec le consentement unanime des parties. En outre, le choix des trois jours désignés, au cours de la période de Noël en 1986, pour la prétendue participation de Leasing à la Société faisait en sorte qu'aucune opération ne serait exécutée.

La question de savoir si une entreprise de location de matériel constitue une entreprise pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336. Dans cette affaire, le juge L'Heureux-Dubé, dont les motifs sur ce point ont été acceptés par les juges de la majorité de notre Cour, a conclu que l'entreprise de location était en fait exploitée par une société à laquelle une filiale avait transféré ses éléments d'actif de location dans des circonstances où la seule activité commerciale de la société mère était la réception passive du loyer. Le juge L'Heureux-Dubé a dit ce qui suit, à la p. 359:

Lorsque de la machinerie est louée, l'essentiel des opérations peut, à l'occasion, se limiter à recevoir les revenus de location ainsi qu'à assumer le risque commercial et les autres obligations. En tout temps au cours de cette période, un client pourrait exiger l'exécution de l'une

fixing an engine, for example. Where, because a rental business is fortunate enough to experience no mechanical breakdowns or accidents during a period of time, it "passively" accepts rental revenue and assumes business risk and obligations, it does not necessarily follow that it is not carrying on a business during that period. Holding otherwise would imply that rental businesses are "intermittent", that is, that they carry on a business only when something goes wrong in the operations. Such a proposition is unacceptable.

In the present instance, it is true that between December 24 and December 27, 1986, no meetings were held, no new transactions were entered into by the parties and no decisions were made. However, that is not determinative of the fact that no business was carried on by the Partnership. Prior to its entering the Partnership, Leasing carried on business. This business and its assets were transferred to the Partnership on December 24, 1986. There was no termination of Leasing's contracts with its customers and the contracts continued during the period of December 24 to December 27.

Evidence that the business previously carried on by Leasing was carried on by the Partnership is contained in a letter dated December 24, 1986 from Air Canada, one of the Bank's customers. In the letter, Air Canada acknowledges that "[Leasing] intends to sell and assign its interest in the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases to an Ontario partnership . . .". Air Canada consented to the "sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases" from the Bank to Leasing and consented "to the sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases by [Leasing] to the Partnership".

The fact that no new business was created during the period of Leasing and the Bank's involvement in the Partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. The existence of a valid partnership does not depend on the creation of a new business. It is common that partnerships are formed when two

des obligations prévues au contrat, par exemple, la réparation d'un moteur. Lorsque, parce qu'elle a la chance de ne pas avoir d'ennuis ou d'accidents de nature mécanique au cours d'une certaine période, une entreprise de location accepte «passivement» les revenus de location ainsi que les risques et les obligations de nature commerciale, il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle n'exploite pas une entreprise au cours de cette période. Toute autre conclusion laisserait implicitement supposer que les entreprises de location sont «intermittentes», c'est-à-dire qu'elles n'exploitent une entreprise que dans le cas où quelque chose ne va pas dans les opérations. Une telle proposition est inacceptable.

En l'espèce, il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise. Cependant, il ne s'ensuit pas que la Société n'a exploité aucune entreprise. Avant de devenir membre de la Société, Leasing exploitait une entreprise qui a été transférée, avec ses éléments d'actif, à la Société le 24 décembre 1986. Les contrats liant Leasing et ses clients n'ont pas été résiliés et ils ont continué de s'appliquer pendant la période du 24 au 27 décembre.

Une lettre datée du 24 décembre 1986 et provenant d'Air Canada, un des clients de la Banque, est un élément de preuve que l'entreprise exploitée précédemment par Leasing a été exploitée par la Société. Dans cette lettre, Air Canada reconnaît que [TRADUCTION] «[Leasing] entend vendre et céder sa participation dans les contrats d'achat, l'aéronef et les baux à une société en nom collectif de l'Ontario . . .». Air Canada a consenti [TRADUCTION] «à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux» par la Banque à Leasing, ainsi qu'«à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux par [Leasing] à la Société».

Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la Société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant cet intervalle. L'existence d'une société en nom collectif valide ne dépend pas de l'exploitation de nouvelles acti-

31

32

33

parties agree to carry on the existing business of one of them, while the other contributes capital.

34 In addition, I am satisfied that the business that was carried on was carried on by the partners in common. Under the Partnership Agreement, the Partners “delegate to the Managing Partner full power and authority to manage, control, administer and operate the business and affairs of the Partnership and to represent and enter into transactions which bind the Partnership” (Art. 4.01). The fact that the management of the Partnership was given to the Managing Partner does not mandate a conclusion that the business was not carried on in common. Nor does the fact that Central, acting alone, was negotiating transactions relating to the lease portfolios prior to December 29, 1986. The respondent argues that the exclusion of Leasing and the Bank from any of those activities negates any claim that the Central entities and the Continental entities were actually carrying on business in common during that period. As *Lindley & Banks on Partnership, supra*, point out, at p. 9, one or more parties may in fact run the business on behalf of themselves and the others without jeopardizing the legal status of the arrangement.

35 If any of the negotiations that Central was involved in had resulted in a decision by Central’s subsidiaries who were members of the Partnership during the relevant period to follow through with the transaction, under the Partnership Agreement, the Partnership would have been bound by these agreements. By entering the Partnership Agreement, Leasing and the Bank recognized that any partner had the authority to bind the firm.

36 It is also relevant that during the brief term that Leasing and the Bank were parties to the Partnership Agreement, they held themselves out as partners. Various supporting documents, including correspondence with third parties, tax returns, financial statements and assignments of leases effected during this period, are consistent with the

vités commerciales. Il est courant qu’une société en nom collectif soit formée par deux parties qui conviennent d’exploiter l’entreprise de l’une d’entre elles, tandis que l’autre fait un apport de capital.

De plus, je suis convaincu que l’entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Aux termes du contrat de société, les associés avaient convenu de [TRADUCTION] «déléguer à l’associé directeur général tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les affaires de la Société et exploiter son entreprise, pour la représenter et pour conclure des opérations la liant» (art. 4.01). Le fait que la gestion de la Société ait été confiée à l’associé directeur général n’oblige pas à conclure que l’entreprise n’était pas exploitée en commun. Pas plus que le fait que Central négociait de son seul chef des opérations se rapportant au portefeuille de baux avant le 29 décembre 1986. L’intimée soutient que l’exclusion de Leasing et de la Banque de ces activités réfute toute prétention selon laquelle les entités liées à Central et les entités liées à Continental exploitaient véritablement une entreprise en commun au cours de cette période. Comme on le souligne dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, à la p. 9, une ou plusieurs parties peuvent, dans les faits, diriger l’entreprise pour leur propre compte et celui des autres parties sans compromettre la nature juridique de l’arrangement.

Si, à la suite des négociations auxquelles Central a participé, les filiales de Central qui étaient membres de la Société pendant la période pertinente avaient décidé de donner suite à l’opération, la Société aurait, en vertu du contrat de société, été liée par ces accords. En signant le contrat de société, Leasing et la Banque reconnaissent que tout associé avait le pouvoir de lier la firme.

Il est également significatif que, pendant la courte période où elles ont été parties au contrat de société, Leasing et la Banque se sont présentées comme des associés. Divers documents à l’appui, comme de la correspondance avec des tiers, des déclarations de revenus, des états financiers et des cessions de baux datant de cette période sont com-

carrying on of a business in common. While this alone would not have the effect of validating the Partnership, because holding out affects liability as against third parties and not the essential validity of the arrangement (s. 15, *Partnerships Act*), it is nonetheless evidence of the parties' intention to carry on business in common under the Partnership.

Bowman J.T.C.C. was correct in emphasizing that the members of the Partnership could not hold themselves out to third parties as not being partners. In the Partnership Agreement, art. 3.02 sets out the liability of the partners. It provides in part: "[s]ubject to Article XI, the Partners shall, as between themselves, be liable for the obligations, liabilities and losses of the Partnership in the same proportion as their respective Interests." The Partnership was involved in the leasing of aircraft. If, during the period in which Leasing and the Bank were members of the Partnership, liability of the lessor was engaged because of an event involving a leased aircraft, Leasing and the Bank could not have denied that they were members of the Partnership and, according to art. 3.02, would have been liable for 99 percent of the loss incurred by the lessee.

The Bank and Leasing conducted themselves as partners for the duration of their memberships in the Partnership. Throughout that period, they were subject to all of the rights and obligations of partners and carried on the business of leasing in common with the other partners. There is no evidence to show that the leasing business carried on as defined in *Hickman, supra*, was not carried on by Leasing and the Central subsidiaries.

(c) Was the Business Carried On in Common with a View to Profit?

The Court of Appeal held that the parties intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership. This intention did not include a view to profit and in fact "the idea to share profits was an afterthought when the parties originally put the deal together"

patibles avec l'exploitation d'une entreprise en commun. Même si le fait de se présenter comme un associé n'a pas à lui seul pour effet de valider la Société, étant donné qu'il a une incidence sur la responsabilité vis-à-vis des tiers et non sur la validité fondamentale de l'arrangement (art. 15 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*), il atteste néanmoins l'intention des parties d'exploiter une entreprise en commun dans le cadre de la Société.

Le juge Bowman a à juste titre souligné que les membres de la Société ne pouvaient pas dire aux tiers qu'ils n'étaient pas des associés. L'article 3.02 du contrat de société précise la responsabilité des associés. Il prévoit notamment que, [TRADUCTION] «[s]ous réserve de l'article XI, les associés sont responsables entre eux, des obligations, dettes et pertes de la Société dans une proportion égale à leur participation respective». La Société faisait la location d'aéronefs. Si, au cours de la période pendant laquelle Leasing et la Banque ont fait partie de la Société, la responsabilité du bailleur avait été engagée par suite d'un événement se rapportant à un aéronef loué, Leasing et la Banque n'auraient pu nier qu'elles étaient membres de la Société, de sorte que, suivant l'art. 3.02, elles auraient été tenues responsables de 99 pour cent de la perte subie par le preneur à bail.

La Banque et Leasing se sont comportées comme des associés pendant la durée de leur participation à la Société. Tout au long de cette période, elles ont eu les droits et les obligations d'un associé et elles ont exploité l'entreprise de crédit-bail en commun avec les autres associés. Il n'y a aucune preuve indiquant que l'entreprise de location exploitée au sens de l'arrêt *Hickman*, précité, n'a pas été exploitée par Leasing et les filiales de Central.

c) L'entreprise était-elle exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice?

La Cour d'appel a conclu que les parties avaient eu l'intention de vendre des éléments d'actif en recourant à un mécanisme qu'elles ont choisi d'appeler une société en nom collectif. Leur intention n'englobait pas la réalisation d'un bénéfice et, dans les faits, «l'idée de partager les bénéfices est venue

37

38

39

(p. 731). This characterization by the Court of Appeal ignores the fact that the Partnership Agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the Partnership and that the Partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing. There is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated during the predetermined term of Leasing's involvement in the Partnership. The Court of Appeal also relied heavily on the fact that Leasing was not legally entitled to a share of the profits of the first fiscal year because its partnership interest had already been transferred to the Bank by the time the year end was triggered on December 27, 1986. This, however, is irrelevant to the determination of the issue.

40

To determine whether the business was carried on with a view to profit, it is necessary to look to the provisions of the Partnership Agreement governing the distribution of profits.

5.06 Allocation of Net Income or Loss. The net income or loss for each fiscal year of the Partnership shall be allocated to the current accounts of the Partners in proportion to their respective average capital accounts for the period for which the allocation is made.

5.09 Allocation of Income and Loss for Tax Purposes. The income or loss of the Partnership for the whole of a fiscal year for the purposes of the *Income Tax Act* shall be allocated to those Persons who are Partners on the last day of the fiscal year of the Partnership in the proportions set out in section 5.06. The income or loss of the Partnership which is allocated to those Partners shall be allocated among those Partners as of the time and in the proportions set out in this article.

41

These provisions clearly contemplate the distribution of profits in accordance with a partner's interest in the Partnership. Profit was accumulated by the Partnership during the period of Leasing's membership in that partnership and that profit was distributed. Leasing received a cheque dated February 4, 1987 for \$130,726 that was described in a financial statement dated January 11, 1988 as a 99 percent share of partnership income for the period December 24 to December 27, 1986.

après coup lorsque que les parties ont initialement élaboré l'accord» (p. 731). Cette affirmation de la Cour d'appel ne tient pas compte du fait que le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l'entreprise de crédit-bail exploitée par la Société et que celle-ci a continué l'entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing. Il n'y a aucune preuve qu'on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices pendant la durée prévue de la participation de Leasing à la Société. De plus, la Cour d'appel s'est beaucoup appuyée sur le fait que Leasing n'avait pas légalement droit à une quote-part des bénéfices réalisés pendant le premier exercice, étant donné que sa participation dans la Société avait déjà été transférée à la Banque au moment de la clôture de l'exercice le 27 décembre 1986. Cet élément n'est toutefois pas pertinent pour trancher la question en litige.

Pour déterminer si l'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice, il est nécessaire d'examiner les stipulations du contrat de société régissant le partage des bénéfices.

[TRADUCTION] **5.06 Répartition du bénéfice net ou de la perte nette.** Le bénéfice net ou la perte nette pour chacun des exercices de la Société est réparti entre les comptes des associés, proportionnellement au compte-capital moyen de chacun d'eux pour la période visée.

5.09 Répartition du bénéfice ou de la perte aux fins de l'impôt. Le bénéfice ou la perte de la Société pour l'ensemble d'un exercice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est réparti entre les personnes qui sont des associés le dernier jour de l'exercice de la Société, suivant la proportion prévue à l'art. 5.06. Le bénéfice ou la perte de la Société est réparti entre ces associés au moment et selon les proportions prévues par le présent article.

Ces stipulations prévoient clairement la répartition des bénéfices en fonction de la participation de l'associé dans la Société. Cette dernière a accumulé un bénéfice au cours de la période où Leasing en faisait partie, et ce bénéfice a été distribué. Leasing a reçu un chèque de 130 726 \$ daté du 4 février 1987, somme qui a été décrite dans des états financiers en date du 11 janvier 1988, comme correspondant à 99 pour cent du bénéfice de la Société pour la période allant du 24 au 27

Because Leasing had already transferred its partnership interest to the Bank by December 27, 1986, it was not entitled to receive the partnership income under the Partnership Agreement as it was no longer a partner at year end. This however, does not change the fact that a generation of profit and profit sharing was contemplated and effected under the Partnership Agreement. Whether the entitlement belonged to Leasing or to the Bank at the end of the year is of no consequence. The important consideration is that the 99 percent partnership interest owned initially by Leasing and then the Bank carried with it a right to share in the profits of business carried on by the Partnership.

It is not disputed that the ultimate objective of the series of transactions entered into by the parties and in particular the Partnership was to duplicate the tax consequences of the original share transaction with Central. The Bank's main intention and by extension, Leasing's main intention was to get rid of its leasing assets for the purpose of winding up. As Bowman J.T.C.C. held, at p. 2151:

One thing is clear. Notwithstanding the pious assertions of a number of witnesses that they intended to enter into a partnership with the other parties, [the Bank's] and [Leasing's] intention was patently not to go into the leasing business in partnership with [Central]. . . . The whole object of the exercise was precisely the opposite — to get out of that business. The partnership was merely a means to that end.

Simply because the parties had the overriding intention of creating a partnership for one purpose does not, however, negate the fact that profit-making and profit-sharing was an ancillary purpose. This is sufficient to satisfy the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* in the circumstances of this case. At pp. 10-11, *Lindley & Banks on Partnership* makes the following observation:

. . . if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on "with a view of profit." If,

décembre 1986. Comme elle avait déjà transféré sa participation dans la Société à la Banque le 27 décembre 1986 et n'était donc plus un associé à la clôture de l'exercice, Leasing n'avait pas droit à sa quote-part du bénéfice de la Société en vertu du contrat de société. Cela ne change cependant rien au fait que la réalisation et le partage d'un bénéfice étaient prévus et se sont concrétisés sous le régime du contrat de société. Que le droit à une quote-part du bénéfice ait appartenu à Leasing ou à la Banque à la clôture de l'exercice importe peu. L'élément déterminant est que la participation de 99 pour cent détenue initialement par Leasing, puis par la Banque, donnait droit à une partie du bénéfice de l'entreprise exploitée par la Société.

Nul ne conteste que l'objectif ultime de la série d'opérations effectuées par les parties et en particulier la Société était de reproduire les conséquences fiscales de l'opération initiale avec Central relativement aux actions. L'objectif principal de la Banque et, par conséquent, de Leasing était de se départir de ses éléments d'actif de crédit-bail en vue de la liquidation. Comme a conclu le juge Bowman, à la p. 2151:

Une chose est claire: malgré les pieuses affirmations de plusieurs témoins qui affirment qu'ils avaient l'intention de former une société avec d'autres personnes, la [Banque] et [Leasing] n'avaient de toute évidence pas l'intention de se lancer dans une entreprise de crédit-bail en société avec [Central] [. . .] Le but visé par ce plan était précisément le contraire: se retirer de cette entreprise. La société était uniquement un moyen de parvenir à cette fin.

Le seul fait que l'intention première des parties était de créer une société en nom collectif pour une fin donnée n'empêche toutefois pas que la réalisation et le partage d'un bénéfice constituaient un but accessoire. Cela suffit pour respecter la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* dans les circonstances de l'espèce. L'observation suivante est faite aux pp. 10 et 11 de *Lindley & Banks on Partnership*:

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu'un but lucratif], notamment pour éviter l'impôt, mais qu'il existe aussi un élément véritable, bien qu'accessoire, de profit, il est possible d'en conclure que l'entreprise est exploitée

42

43

however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the "benefit" of, say, a tax loss, when there was no contemplation in the parties' minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed "with a view of profit."

«dans le but de réaliser un bénéfice». Cependant, lorsqu'il peut être établi que l'unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l'«avantage», par exemple, d'une perte fiscale, alors que les parties n'envisagent nullement qu'un bénéfice [. . .] puisse être tiré de l'exploitation de l'entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée «dans le but de réaliser un bénéfice».

44 This is not a case where the disentitlement of one partner to a share of the profits was agreed to by the parties; nor is it a case where no profits were anticipated during the term of a partner's involvement. During the period in which Leasing and the Bank were partners in the business, the Partnership earned a profit from its leasing operations and that profit was distributed at year end.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où les parties ont convenu qu'un associé n'aurait pas droit à une quote-part des bénéfices ni d'un cas où aucun bénéfice n'était envisagé pendant la durée de la participation d'un associé. Durant la période où Leasing et la Banque ont été des associés au sein de l'entreprise, la Société a tiré un bénéfice de son entreprise de crédit-bail, et ce bénéfice a été réparti à la fin de l'exercice.

45 The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business in common with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties' subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties. As Millett L.J. held in *Orion Finance, supra*, at p. 85:

L'intimée prétend que l'intention de constituer une société en nom collectif valide n'équivaut pas à l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d'accord. Toutefois, en l'espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s'appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l'élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties. Comme a conclu le lord juge Millett dans *Orion Finance*, précité, à la p. 85:

The question is not what the transaction is but whether it is in truth what it purports to be. Unless the documents taken as a whole compel a different conclusion, the transaction which they embody should be categorised in conformity with the intention which the parties have expressed in them.

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir en quoi consiste l'opération, mais plutôt si elle correspond véritablement à ce qu'elle est censée être. À moins que les documents considérés dans leur ensemble ne commandent une autre conclusion, l'opération qu'ils constatent devrait être qualifiée conformément à l'intention qu'y ont exprimée les parties.

46 I do not see anything in the documentation that is inconsistent with the intention of the parties to create a partnership within the meaning of the *Partnerships Act*.

Je ne vois rien dans la documentation qui soit incompatible avec l'intention des parties de créer une société en nom collectif au sens de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

(d) Duration of the Partnership

In the present case, the Partnership Agreement provided for a fixed term of membership for Leasing and the Bank in the Partnership. It also provided that the Partnership would continue indefinitely after Leasing and the Bank were no longer members (Article XI, Initial Transactions). There is no authority for the proposition that a valid partnership cannot be formed for fixed or relatively short and predetermined periods, nor is there authority for the proposition that a person cannot be a member of a partnership for a single transaction. The respondent recognized that there is no set minimum period of time required for a partnership to exist and accepted that a partnership may be formed for a predetermined period. The respondent argues, however, that a partnership, being a relationship that "subsists" and that pertains to the "carrying on" of a business in common with others, has a temporal quality. In the present case, the respondent argues, no business was carried on between December 24, 1986 and December 26, 1986, the period that Leasing was a member of the Partnership.

The duration of Leasing's membership in the Partnership is not relevant in this case. I found above that business was carried on in common with a view to profit through the leasing activities of the Partnership between December 24 and December 27. This satisfies the definition of partnership under the *Partnerships Act*. It is not necessary for Leasing to show that it carried on business over a long period of time in the Partnership. The *Partnerships Act* does not limit the ability of a person to enter into a partnership for a single transaction. As long as the parties do not create what amounts to an empty shell that does not in fact carry on business, the fact that the partnership was created for a single transaction is of no consequence.

Section 85(1) of the *Income Tax Act* is a rollover provision for corporations similar to the provision for partnerships contained in s. 97(2). Corpora-

d) La durée de la Société

Dans la présente affaire, le contrat de société précisait la durée de la participation de Leasing et de la Banque à la Société. Il prévoyait également que celle-ci continuerait d'exister pendant une période indéterminée lorsque Leasing et la Banque cesseraient d'en faire partie (article XI — Opérations initiales). Il n'y a aucun texte étayant la proposition voulant qu'une société en nom collectif valide ne puisse être créée pour une durée donnée ou pour une période relativement courte et déterminée à l'avance. Rien n'étaye non plus la proposition voulant qu'une personne ne puisse être membre d'une société en nom collectif pour une seule opération. L'intimée a reconnu que l'existence d'une société en nom collectif n'est assujettie à aucune durée minimale et qu'une telle entité peut être mise sur pied pour une durée déterminée à l'avance. Elle fait cependant valoir qu'une société en nom collectif étant une relation qui «existe» entre des personnes qui «exploitent» une entreprise en commun, elle a un aspect temporel. En l'espèce, l'intimée soutient qu'aucune entreprise n'a été exploitée du 24 au 26 décembre 1986, soit la période pendant laquelle Leasing a fait partie de la Société.

La durée de la participation de Leasing à la Société n'est pas pertinente dans le présent cas. J'ai conclu précédemment qu'une entreprise avait été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice grâce aux activités de crédit-bail exercées par la Société du 24 au 27 décembre. Cette situation respecte la définition de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Il n'est pas nécessaire que Leasing prouve qu'elle a exploité une entreprise pendant une longue période au sein de la Société. La *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'empêche pas une personne de faire partie d'une société en nom collectif pour une seule opération. Tant que les parties ne créent pas l'équivalent d'une coquille vide qui n'exploite dans les faits aucune entreprise, le fait que la société en nom collectif ait été créée pour une seule opération est sans conséquence.

Le paragraphe 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet aux corporations de procéder à des transferts libres d'impôt, est une disposition

47

48

49

tions are frequently created for the single purpose of deferring tax liability by using s. 85(1) of the *Income Tax Act*. As long as the corporation is validly formed, there is no requirement that the taxpayer demonstrate that the corporation was formed for anything other than the single purpose of deferring tax liability. Similarly, as long as the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* is satisfied, a person is permitted to create a partnership for the purpose of using s. 97(2) of the *Income Tax Act*. It is recognized that the definition of a partnership requires that business actually be carried on and that there is no such requirement for a corporation. However, that does not detract from the principle that a person should be permitted to create a partnership for a single transaction.

analogue au par. 97(2), qui s'applique aux sociétés en nom collectif. Il arrive fréquemment que des corporations soient créées dans le seul but de reporter l'impôt à payer grâce au par. 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans la mesure où la corporation est valablement constituée, le contribuable n'est pas tenu de prouver que la corporation a été créée à une autre fin que le report de l'impôt. De même, dans la mesure où la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* est respectée, une personne peut créer une telle société dans le but de se prévaloir du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est reconnu que la définition de société en nom collectif exige qu'une entreprise soit véritablement exploitée, mais que cette exigence ne s'applique pas dans le cas des corporations. Toutefois, le principe demeure qu'une personne devrait être autorisée à créer une société en nom collectif aux fins d'une opération unique.

50 The Court of Appeal held, in effect, that because the ultimate objective of the Bank in proceeding with the partnership transaction was to effect a sale of its leasing business to Central, neither Leasing nor the Bank could have had the requisite intention to form a valid partnership. The result of this reasoning is that unless the only motive underlying the formation of a partnership is to carry on business in common with a view to profit, a valid partnership cannot be formed. The underlying premise of this reasoning is also that a transaction that is motivated by the securing of tax benefits is not a valid transaction. This reasoning cannot be supported.

Dans les faits, la Cour d'appel a statué que, parce que l'objectif ultime de la mise sur pied de la société en nom collectif par la Banque était la vente de son entreprise de crédit-bail à Central, ni Leasing ni la Banque n'ont pu avoir l'intention requise pour former une société en nom collectif valide. Selon ce raisonnement, à moins que le seul motif qui sous-tende la formation d'une société en nom collectif ne soit l'exploitation d'une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, une société en nom collectif valide ne peut être formée. Ce raisonnement suppose également qu'une opération visant l'obtention d'un avantage fiscal n'est pas une opération valide. Ce raisonnement ne saurait tenir.

51 A taxpayer who fully complies with the provisions of the *Income Tax Act* ought not to be denied the benefit of such provisions simply because the transaction was motivated for tax planning purposes. In *Stuart Investments, supra*, this Court unanimously rejected the "business purpose test" and affirmed the proposition that it is permissible for a taxpayer to take advantage of the terms of the *Income Tax Act* by structuring a transaction that is solely motivated by the desire to minimize taxation. Similarly, in *Canada v. Antosko*, [1994]

Le contribuable qui se conforme à tous égards aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne devrait pas se voir refuser le bénéfice de ces dispositions simplement parce que l'opération en cause était motivée par des considérations de planification fiscale. Dans *Stuart Investments*, précité, notre Cour a rejeté à l'unanimité le «critère de l'objet commercial» et confirmé qu'un contribuable peut se prévaloir des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour monter une opération dont l'unique objet est de réduire l'impôt à payer.

2 S.C.R. 312, Iacobucci J., for a unanimous Court, found, at p. 328:

In this appeal, despite conceding that these factual elements are present, the respondent is asking the Court to examine and evaluate the transaction in and of itself, and to conclude that the transaction is somehow outside the scope of the section in issue. In the absence of evidence that the transaction was a sham or an abuse of the provisions of the Act, it is not the role of the court to determine whether the transaction in question is one which renders the taxpayer deserving of a deduction. If the terms of the section are met, the taxpayer may rely on it, and it is the option of Parliament specifically to preclude further reliance in such situations.

Iacobucci J. went on to say, at p. 330:

This transaction was obviously not a sham. The terms of the section were met in a manner that was not artificial. Where the words of the section are not ambiguous, it is not for this Court to find that the appellants should be disentitled to a deduction because they do not deserve a "windfall", as the respondent contends. In the absence of a situation of ambiguity, such that the Court must look to the results of a transaction to assist in ascertaining the intent of Parliament, a normative assessment of the consequences of the application of a given provision is within the ambit of the legislature, not the courts.

Having found that the transaction was not a sham, the Court of Appeal should not have found that the parties lacked the requisite intention to form a valid partnership simply because the transaction was motivated by a resulting tax benefit. The Court of Appeal proceeded on the basis that the predominance of fiscal motives or the absence of a concurrent business purpose justifies or compels the court to disregard the legal form of the transaction which the parties intended.

The legal and commercial reality in the present case is that Leasing intended to and did enter into a partnership with Central within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. The Court of Appeal erred

De même, dans *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, le juge Iacobucci, qui a rendu le jugement unanime de notre Cour, a tiré la conclusion suivante à la p. 328:

En l'espèce, même si elle concède que ces éléments factuels sont présents, l'intimée demande à la Cour d'examiner et d'évaluer l'opération elle-même et de conclure qu'elle est d'une manière ou d'une autre hors de la portée de la disposition en question. En l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus des dispositions de la Loi, il n'appartient pas à un tribunal de déterminer si elle rend le contribuable admissible à une déduction. Si les conditions de l'article sont remplies, le contribuable peut l'invoquer et il est loisible au législateur de lui interdire expressément de les invoquer à l'avenir dans de telles situations.

Il a ajouté ce qui suit, à la p. 330:

De toute évidence, l'opération ici en cause n'était pas un trompe-l'œil. Les conditions de la disposition ont été remplies d'une manière qui n'était pas artificielle. En l'absence d'ambiguïté des termes de la disposition, il n'appartient pas à notre Cour de conclure que les appellants devraient se voir refuser une déduction parce qu'ils ne méritent pas une «aubaine», comme l'intimée le soutient. En l'absence d'une ambiguïté qui forcerait le tribunal à examiner les résultats de l'opération pour déterminer l'intention du législateur, l'évaluation normative des conséquences de l'application d'une disposition donnée relève du législateur et non des tribunaux.

Après avoir conclu que l'opération n'était pas un trompe-l'œil, la Cour d'appel n'aurait pas dû arriver à la conclusion que les parties n'avaient pas l'intention requise pour former une société en nom collectif valide simplement parce que l'opération était motivée par l'avantage fiscal en découlant. La Cour d'appel a tenu pour acquis que la prédominance d'objectifs d'ordre fiscal ou l'absence d'un objet commercial concomitant autorise ou oblige le tribunal à faire abstraction de la forme juridique de l'opération que les parties entendaient réaliser.

En l'espèce, la réalité juridique et commerciale est que Leasing entendait créer et a effectivement créé avec Central une société en nom collectif au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom*

52

53

by ignoring the substance of a legally effective transaction.

2. *If Leasing was a member of a valid partnership within the meaning of s. 2 of the Partnerships Act, was the partnership rendered invalid by s. 174(2)(i) of the Bank Act, by s. 34 of the Partnerships Act, or by the common law doctrines of illegality or ultra vires?*

54

Section 174(2)(i) of the *Bank Act* states that a bank “shall not, directly or indirectly . . . acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership”. There is no dispute that the entry into a partnership constitutes a breach by the Bank of s. 174(2)(i) of the *Bank Act*. The Bank therefore contravened the *Bank Act* by indirectly investing or participating in a partnership. The dispute concerns the effect of ss. 18(1) and 20(1) of the *Bank Act*, the applicability of the *ultra vires* doctrine, the effect of the doctrine of illegality and the effect of s. 34 of the *Partnerships Act*.

(a) Ultra Vires

55

The *ultra vires* doctrine was developed by the courts in the mid-19th century to restrict the legal capacity of corporations created under the *Companies Act* and its successor statutes. The doctrine provided that a corporation had the legal capacity to perform only those acts authorized by its articles. Any acts not authorized by the articles were void for want of legal capacity (*Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653).

56

The doctrine was meant to limit the scope of activities of a corporation in order to protect the interests of its creditors and shareholders. It came to be recognized that the doctrine produced inconvenience and occasional hardship for the public who were expected to take notice of all limitations on the corporation’s capacity as revealed through

collectif. La Cour d’appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de l’essence d’une opération opposable en droit.

2. *Si Leasing faisait partie d’une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif, cette société était-elle invalidée par l’effet de l’al. 174(2)(i) de la Loi sur les banques, de l’art. 34 de la Loi sur les sociétés en nom collectif ou des théories de l’illégalité ou de l’excès de pouvoir en common law?*

Aux termes de l’al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques*, une Banque «ne peut, directement ou indirectement [. . .] acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes [société en nom collectif]». Il ne fait aucun doute que la participation de la Banque à une société en nom collectif contrevient à l’al. 174(2)(i) de cette loi. La Banque a donc contrevenu à la *Loi sur les banques* en participant indirectement à une telle société. Le litige porte sur l’effet des par. 18(1) et 20(1) de la *Loi sur les banques*, l’applicabilité de la théorie de l’excès de pouvoir ainsi que l’effet de la théorie de l’illégalité et de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

a) L’excès de pouvoir

La théorie de l’excès de pouvoir (ou de l’*ultra vires*) a été élaborée par les tribunaux au milieu du 19^e siècle afin de restreindre la capacité juridique des personnes morales constituées sous le régime de la *Companies Act* et des lois qui lui ont succédé. Selon cette théorie, la capacité juridique d’une personne morale se limitait aux seuls actes prévus par ses statuts. Tout acte non autorisé par ceux-ci était frappé de nullité pour cause d’absence de capacité juridique (*Ashbury Railway Carriage and Iron Co. c. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653).

La théorie visait à restreindre l’étendue des activités des personnes morales afin de protéger les intérêts de ses créanciers et de ses actionnaires. On a fini par constater que cette théorie était source d’inconvénients et, à l’occasion, de préjudice pour le public, étant donné qu’on attendait de ce dernier qu’il s’informe des limitations de la capacité de la

public documents. The doctrine was characterized by Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at p. 406, as “a protection to no one and a trap for the unwary”.

In 1974, the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33 (“CBCA”), abolished the *ultra vires* doctrine in the context of Canadian corporations by attributing to corporations the capacity of a natural person. Section 15(1) of the CBCA provided that “[a] corporation has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person”. The CBCA also provides at s. 16(3) that “[n]o act of a corporation, including any transfer of property to or by a corporation, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to its articles or this Act”.

In 1980, the *Bank Act* was amended to provide, in s. 18(1), that “[a] bank has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person”. Section 20(1) states that “[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act”. These amendments parallel the amendments to corporations Acts and their aim is also to abolish the *ultra vires* doctrine. As a result of s. 18(1), banks were given the legal capacity to perform any act, even if it would constitute an offence under the *Bank Act*. M. H. Ogilvie, *Canadian Banking Law* (1991), states, at p. 35:

When a bank engages in any conduct — including the transfer of property to or by a bank — which is contrary to the *Bank Act*, the conduct is not invalid, rather merely contrary to the Act. At common law, when a company had been found to have engaged in an *ultra vires* transaction, the legal effect was to render that transaction void and unenforceable. Since 1980, that is no longer the case in relation to transactions with banking corporations. Legal rights and duties created in transactions prohibited to banks by the Act and conferred on third

personne morale inscrites dans les documents publics. Dans *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, à la p. 406, le juge Iacobucci a dit de cette théorie qu’elle «n’assurait plus la protection de qui que ce soit et constituait un piège pour la personne imprudente».

En 1974, la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, ch. 33 («LCCC»), a aboli la théorie de l’excès de pouvoir relativement aux corporations canadiennes en reconnaissant à celles-ci la capacité d’une personne physique. Selon le par. 15(1) de la LCCC, «une corporation a les droits, pouvoirs et privilèges d’une personne physique ayant sa pleine capacité». Le paragraphe 16(3) de cette loi dispose également que «[n]ul acte d’une corporation, y compris le transfert de biens à une corporation ou par les soins de celle-ci, n’est nul pour le seul motif que cet acte ou ce transfert est contraire à ses statuts ou à la présente loi».

En 1980, la *Loi sur les banques* a été modifiée pour indiquer, au par. 18(1), que «[l]a banque a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d’une personne physique». Le paragraphe 20(1) indique que «[l]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu’ils sont contraires à la présente loi». Ces modifications correspondent à celles apportées aux lois régissant les personnes morales et elles visent elles aussi à abolir la théorie de l’excès de pouvoir. Par suite de l’adoption du par. 18(1), les banques ont la capacité juridique d’accomplir tout acte, même s’il s’agit d’une infraction prévue par la *Loi sur les banques*. Dans l’ouvrage intitulé *Canadian Banking Law* (1991), M. H. Ogilvie dit ce qui suit à la p. 35:

[TRADUCTION] Lorsqu’une banque accomplit un acte — y compris le transfert de biens à une banque ou par une banque — contraire à la *Loi sur les banques*, l’acte n’est pas invalide, mais simplement contraire à cette loi. En common law, lorsqu’il était jugé qu’une société avait effectué une opération outrepassant ses pouvoirs, l’opération était nulle et il était impossible d’en demander l’exécution aux tribunaux. Depuis 1980, ce n’est plus le cas en ce qui concerne les opérations auxquelles les entreprises bancaires sont parties. Les droits et les obli-

57

58

parties are valid and no longer subject to disturbance by judicial avoidance of the original prohibited transaction. Rather, the bank is subject to the penalties set out in the *Bank Act*, and probably also those existing in the general law, for engaging in prohibited actions.

59 *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, states a similar principle, at p. 94:

It will be noted that the *Bank Act* bestows on the banks the capacity of a natural person, without limitation or qualification. The reference to the other provisions of the Act qualifies only the rights, powers and privileges of the banks. In other words, the banks now have the legal capacity to perform any act, even though it may constitute an offence under the *Bank Act* or some other law. Like man, in Milton's view, they have been created capable of standing, but free to fall. A good illustration of this is provided by sub-s. 174(2), which prohibits the banks from engaging in the activities therein described. A violation of one of those prohibitions by a bank would not result in the transaction involved being void — or even necessarily voidable. . . . It would, however, subject the bank, and possibly also the directors, to the penalties set out in sub-s. 174(17) to (20) and sub-s. 54(2) respectively.

60 The doctrine of *ultra vires* has been abolished with respect to banks. Banks now have the capacity of a natural person. The Court of Appeal came to the wrong conclusion in this regard because it misapplied the *Canadian Pickles* case by relying on it to hold that the *ultra vires* doctrine is not abolished, but merely curtailed by s. 18(1) of the *Bank Act*. The Court of Appeal erred by failing to recognize the distinction between the statutory provisions in *Canadian Pickles* and the relevant provisions of the *Bank Act*.

61 In *Canadian Pickles*, this Court held that the doctrine of *ultra vires* has been abolished for corporations incorporated under most business corporations legislation. The Court held, however, that the doctrine was still alive with respect to the

gations juridiques des tiers découlant d'une opération interdite par la loi à une banque sont valides et ne sont plus susceptibles d'être troublés par l'annulation judiciaire de l'opération initiale prohibée. La banque s'expose plutôt aux peines prévues par la *Loi sur les banques* et probablement aussi à celles prévues par le droit en général à l'égard des actes prohibés.

Un principe analogue est énoncé dans *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 94:

[TRADUCTION] Il convient de signaler que la *Loi sur les banques* confère aux banques la capacité d'une personne physique, sans réserves ou restrictions. Le renvoi aux autres dispositions de la loi limite seulement les droits, les pouvoirs et les privilèges des banques. En d'autres termes, les banques ont désormais la capacité juridique d'accomplir tout acte, même s'il peut s'agir d'une infraction à la *Loi sur les banques* ou à quelque autre loi. À l'instar de l'homme de Milton, les banques sont créées capables de se tenir debout mais libres de tomber. Le paragraphe 174(2) constitue un bon exemple. Il interdit aux banques d'exercer les activités qui y sont énumérées. Le non-respect de l'une ou l'autre de ces interdictions par une banque ne rend pas l'opération nulle — ni même nécessairement annulable [. . .] Il expose cependant la banque, et peut-être également ses administrateurs, aux sanctions prévues aux par. 174(17) à (20) et 54(2) respectivement.

La théorie de l'excès de pouvoir a été abolie à l'égard des banques. Ces dernières ont désormais la capacité juridique d'une personne physique. La Cour d'appel a tiré une conclusion erronée à cet égard, parce qu'elle a mal appliqué l'arrêt *Canadian Pickles* en l'invoquant pour affirmer que la théorie de l'excès de pouvoir n'a pas été abolie, mais simplement restreinte, quant à son application, par le par. 18(1) de la *Loi sur les banques*. La Cour d'appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de la différence entre les dispositions législatives en cause dans l'affaire *Canadian Pickles* et les dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*.

Dans l'arrêt *Canadian Pickles*, notre Cour a statué que la théorie de l'excès de pouvoir a été abolie vis-à-vis des personnes morales constituées en vertu de la plupart des lois régissant les sociétés par actions. Cependant, elle a conclu que la théorie

Communities Economic Development Fund of Manitoba. The Court stated that the doctrine continues to apply to corporations created by special Act for public purposes. At pp. 406-7, Iacobucci J. held:

However, in spite of the general trend towards abolition of the doctrine of *ultra vires*, the limited aspects of the doctrine, as seen from the above review, may be present with respect to corporations created by special act for public purposes. Not only is there a long line of cases supporting the principle, but one may argue that this protects the public interest because a company created for a specific purpose by an act of a legislature ought not to have the power to do things not in furtherance of that purpose. Of course, it is open to the legislature to rebut this presumption because, for example, the legislature may provide for other remedies short of invalidity for acts contrary to the statute.

Banks are not analogous to the Economic Development Fund described in the *Canadian Pickles* case. The Bank was not created by a special Act for public purposes. It was incorporated under a general Act of Parliament to engage in the ordinary commercial business of banking. Parliament has provided for other remedies short of invalidity for acts of banks that are contrary to the statute. The *Bank Act* contains penalties for breaches and, pursuant to s. 246 of the Act, the Inspector General of Banks is empowered to "take charge on the premises of the assets of the bank or any portion thereof, if the need should arise, for the purposes of satisfying himself that the provisions of this Act . . . are being duly observed".

The Bank, by virtue of its capacity, rights, powers and privileges, had the capacity to participate in a partnership. The prohibition in s. 174(2)(i) of the *Bank Act* does not make partnerships *ultra vires* the Bank. The questions remain, however, whether the Bank's participation in the Partnership is void on the basis of the doctrine of illegality or by virtue of s. 34 of the *Partnerships Act*.

s'applique encore en ce qui concerne le Fonds de développement économique local du Manitoba. Notre Cour a déclaré que la théorie continue de s'appliquer à l'égard des sociétés créées par une loi spéciale à des fins publiques. Le juge Iacobucci a dit ce qui suit, aux pp. 406 et 407:

Toutefois, malgré la tendance générale vers l'abolition de la théorie de l'*ultra vires*, ses aspects restreints, qui ressortent de l'analyse qui précède, peuvent s'appliquer aux sociétés constituées par une loi spéciale à des fins publiques. Il existe non seulement un important courant de jurisprudence à l'appui du principe, mais encore il est possible de soutenir que cela protège l'intérêt public puisqu'une société constituée à une fin précise par une loi du législateur ne devrait pas pouvoir faire des choses qui ne servent pas à réaliser cette fin. Il est loisible, bien entendu, au législateur de réfuter cette présomption puisque, par exemple, il peut prévoir d'autres recours qui ne vont pas jusqu'à invalider les actes contraires à la loi en question.

Les banques ne sont pas dans une situation analogue à celle du Fonds de développement économique décrit dans *Canadian Pickles*. En l'espèce, la Banque n'a pas été créée par une loi spéciale à des fins publiques. Elle a été constituée sous le régime d'une loi fédérale d'application générale pour exercer les activités commerciales habituelles d'un établissement bancaire. Sans aller jusqu'à l'invalidation des actes contraires à la loi commis par les banques, le législateur a néanmoins prévu certains redressements. En effet, la *Loi sur les banques* établit certaines peines en cas d'infraction et, aux termes de l'art. 246, l'Inspecteur général des banques peut «prendre en charge sur place la totalité ou une partie des éléments d'actif de la banque, afin de s'assurer de l'observation par celle-ci des dispositions de la présente loi».

En vertu de sa capacité, la Banque pouvait participer à une société en nom collectif. L'interdiction prévue à l'al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques* ne rend pas *ultra vires* la participation de la Banque à une telle société. Toutefois, il reste à se demander si la participation de la Banque à la Société est nulle soit en raison de la théorie de l'illégalité soit par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

(b) The Doctrine of Illegality

64

Under the doctrine of illegality, a contract prohibited by statute or for an illegal purpose will be declared void even if it conforms to all other requirements of a valid transaction. A classic case concerning statutory illegality is *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707, where Parke B. held (at p. 710):

... where the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

65

It should follow, therefore, that the absolute prohibition of a contract by a statute renders the contract void and of no effect. However, as G. H. L. Fridman points out in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 348:

It might be thought . . . that the doctrine was clear and uncomplicated, that whenever a statute prohibited a certain course of conduct, or required a particular course of conduct, the failure to observe which resulted in a penalty of some kind, a contract which infringed the statutory prohibition or requirement would be illegal and therefore void. This situation is not as straightforward as that. . . . in some instances a statute while involving illegality, in the sense of prescribing penalties for certain conduct, will not have the effect of rendering void a contract entered into in breach of the statute.

66

In fact, the rigidity of the doctrine of illegality first gave rise to exceptions which dealt with the return of property transferred under an illegal contract (Fridman, *supra*, at p. 424). This development was nevertheless considered insufficient. In *Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358 (Ont. C.A.), aff'd on other grounds, [1968] S.C.R. 828, Laskin J.A. (as he then was) held that the court must take into account the harmful effect on the parties for whose protection the law making the bargain illegal exists

b) La théorie de l'illégalité

Suivant la théorie de l'illégalité, un contrat qui est prohibé par la loi ou dont l'objet est illégal sera déclaré nul même s'il respecte par ailleurs toutes les autres conditions de validité applicables. L'un des arrêts classiques en matière d'illégalité découlant de la loi est *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707, où le juge Parke a tiré les conclusions suivantes (à la p. 710):

[TRADUCTION] . . . si le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou par un texte législatif, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. Il est également clair qu'un contrat est nul s'il est prohibé par une loi, même si cette loi n'inflige qu'une peine, parce que pareille peine implique une interdiction.

Il devrait donc s'ensuivre que l'interdiction absolue prévue par une loi à l'égard d'un contrat a pour effet de rendre un tel contrat nul et sans effet. Toutefois, comme le souligne G. H. L. Fridman dans *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 348:

[TRADUCTION] On pourrait penser [. . .] que la théorie est claire et simple, c'est-à-dire que chaque fois qu'une loi interdit un comportement donné ou exige un comportement en particulier, et qu'une peine d'une nature ou d'une autre est prévue en cas d'inobservation, le contrat qui ne respecte pas l'interdiction ou la condition prévue par la loi serait tenu pour illégal et, par conséquent, nul. La situation n'est toutefois pas aussi claire. [. . .] dans certains cas, une loi impliquant l'illégalité, dans la mesure où elle fixe des peines à l'égard de certains comportements, n'aura pas pour effet d'invalider un contrat conclu en violation des dispositions de la loi.

En fait, la rigidité de la théorie de l'illégalité a tout d'abord donné lieu à des exceptions concernant la restitution des biens transférés en vertu d'un contrat illégal (Fridman, *op. cit.*, à la p. 424). Cette évolution a néanmoins été jugée insuffisante. Dans l'arrêt *Sidmay Ltd. c. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358 (C.A. Ont.), conf. pour d'autres motifs dans [1968] R.C.S. 828, le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) a conclu que la cour doit tenir compte de l'effet préjudiciable sur les parties censées être protégées par

before deciding to enforce or rescind the bargain. This approach was also adopted by Krever J. (as he then was) in *Royal Bank of Canada v. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636 (H.C.), at pp. 652-53.

The doctrine of illegality was recently examined by the Federal Court of Appeal in *Still v. Minister of National Revenue* (1997), 221 N.R. 127. Robertson J.A. noted at the outset that the doctrine of illegality is divided into two categories: common law illegality and statutory illegality. With regard to statutory illegality, he noted that the classic approach affirmed in *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678, had given rise to many avoidance techniques in the courts, particularly where the illegality resulted from the performance of the contract rather than its formation. On the issue of formation, Robertson J.A. was prepared to expand the modern approach to illegality further, stating, at p. 139, that “a finding of illegality is dependent, not only on the purpose underlying the statutory prohibition, but also on the remedy being sought and the consequences which flow from a finding that a contract is unenforceable”.

The Court of Appeal held that not all findings of invalidity are prohibited by s. 20(1) of the *Bank Act*. This approach is supported by Crawford and Falconbridge, *supra*, and Ogilvie, *supra*. Crawford and Falconbridge state, at p. 97:

But it should be noted that s. 20 refers to invalidity “by reason only” of acts in contravention. That leaves open the possibility that vestiges of the common law sanctions upon unlawful conduct might still apply. For example, the modern approach of the courts could not be relied upon to validate or enforce an agreement consciously and deliberately entered into in violation of the *Bank Act*. . . .

The appellant’s position is that s. 20(1) of the *Bank Act* has the effect of eliminating the continued application of the doctrine of illegality. A con-

la loi qui rend le marché illégal avant de prononcer l’applicabilité ou la nullité du marché. Ce point de vue a été repris par le juge Krever (maintenant juge à la Cour d’appel) dans *Royal Bank of Canada c. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636 (H.C.), aux pp. 652 et 653.

La Cour d’appel fédérale s’est récemment penchée sur la théorie de l’illégalité dans *Still c. Ministre du Revenu national* (1997), 221 N.R. 127. Dès le départ, le juge Robertson a signalé que la théorie de l’illégalité comporte deux catégories: l’illégalité en commun law et l’illégalité d’origine législative. En ce qui concerne la seconde, il a fait remarquer que la démarche classique confirmée dans l’arrêt *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678, a donné lieu à l’application de nombreuses techniques d’annulation par les tribunaux, en particulier lorsque l’illégalité découlait de l’exécution du contrat plutôt que de la formation de celui-ci. Au sujet de la formation, le juge Robertson s’est dit disposé à élargir la portée de l’approche moderne en matière d’illégalité et il a affirmé, à la p. 139, qu’«une conclusion d’illégalité est fonction non seulement de l’objet de l’interdiction, mais aussi de la réparation demandée et des conséquences de la conclusion qu’un contrat n’est pas susceptible d’exécution».

La Cour d’appel a statué que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* n’interdit pas toute conclusion d’invalidité. Ce point de vue est partagé par Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, ainsi que par Ogilvie, *op. cit.* Les premiers affirment ce qui suit, à la p. 97:

[TRADUCTION] Toutefois, il convient de signaler que l’art. 20 mentionne l’invalidité «du seul fait» d’actes contraires à la loi. Reste la possibilité que des vestiges des sanctions prévues en commun law à l’égard d’un comportement illégal puissent toujours s’appliquer. Par exemple, l’approche moderne adoptée par les tribunaux ne pourrait être invoquée pour valider ou faire respecter un accord conclu en contravention de la *Loi sur les banques*, et ce en toute connaissance de cause et de propos délibéré . . .

La thèse de l’appelante est que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* a pour effet d’éliminer le maintien de l’application de la théorie de l’illéga-

67

68

69

struction of s. 20(1) that completely ousts the Court's jurisdiction to find an act of the bank invalid would impose a requirement that a court recognize all acts as valid, no matter how egregious the illegality. The respondent argues that to find that no act done by a bank that is contrary to the *Bank Act* is invalid is to render the prohibitions set out in s. 174(2) of the Act meaningless. In answer to this, the appellant submits that the proper effect to be given to the prohibitions in the *Bank Act* is that the penalties set out in the *Bank Act* amount to a mere licence fee for doing what the *Bank Act* prohibits.

lité. Une interprétation de cette disposition qui aurait pour effet d'écarter entièrement la compétence de la Cour de déclarer invalide un acte de la banque obligerait les tribunaux à reconnaître la validité de tout acte, quelle que soit l'énormité de l'illégalité. L'intimée prétend que le fait de conclure qu'aucun acte accompli par une banque contrairement à la *Loi sur les banques* n'est invalide enlève toute raison d'être aux interdictions prévues au par. 174(2) de la Loi. En réponse à cet argument, l'appelante affirme que l'effet qui doit être reconnu aux interdictions établies par la *Loi sur les banques* est que les peines fixées à leur égard par cette loi constituent de simples droits de permis payables pour faire ce que la loi interdit.

70

The consequence of prohibiting certain transactions under the *Bank Act* can be disastrous for third parties who may be unaware of the limitations on a bank's rights. The consequences are the same as those identified by courts and Law Reform Commissions which criticized the rigid application of a declaration of invalidity under the doctrine of illegality as it relates to statutory prohibitions. I agree with the Court of Appeal, however, that s. 20(1) on its face does not limit all findings of invalidity. Section 20(1) states that no act of a bank is invalid by reason only that the act is contrary to the Act. This section serves, in particular, to relieve the hardship for unsuspecting third parties of the effects of a rigid application of the doctrine of illegality but does not eliminate the doctrine entirely. A. R. Manzer, in an annotation to this section in *The Bank Act Annotated* (1993), at p. 29, states:

L'interdiction de certaines opérations par la *Loi sur les banques* peut avoir des conséquences désastreuses pour les tiers qui ne connaissent pas les limites aux droits d'une banque. Ces conséquences sont celles qu'ont dégagées les tribunaux et les commissions de réforme du droit, qui ont critiqué l'application rigide de la déclaration d'invalidité en vertu de la théorie de l'illégalité dans le cas des interdictions prévues par les lois. Toutefois, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, à première vue, le par. 20(1) ne fait pas obstacle à toute déclaration de nullité. Selon cette disposition, les actes d'une banque ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la loi. Elle permet en particulier d'épargner aux tiers non avertis les effets préjudiciables de la stricte application de la théorie de l'illégalité, mais elle n'écarte pas cette doctrine complètement. Dans une annotation accompagnant cette disposition, A. R. Manzer affirme ce qui suit dans *The Bank Act Annotated* (1993), à la p. 29:

This provision is for the benefit of third parties dealing with a bank by preventing actions of the bank from being declared null and void and consequently of no effect, only because they are contrary to the bank's incorporating instrument or the *Bank Act*.

[TRADUCTION] Cette disposition s'applique au bénéfice des tiers qui font affaire avec une banque en empêchant que certains actes de cette dernière soient déclarés nuls et, par conséquent, sans effet du seul fait qu'ils sont contraires à l'acte constitutif de la banque ou à la *Loi sur les banques*.

71

There is no conflict between the doctrine of *ultra vires* and a finding that s. 20(1) does not eliminate all findings of illegality. The apparent conflict between the doctrine of illegality and the doctrine of *ultra vires* must be addressed by refer-

Il n'y a pas de conflit entre la théorie de l'excès de pouvoir et la conclusion selon laquelle le par. 20(1) ne fait pas obstacle à toute constatation d'illégalité. Le conflit apparent entre la théorie de l'illégalité et la théorie de l'excès de pouvoir doit

ring to the foundations of those doctrines. It is not the capacity of the bank to enter into a partnership that is limited by a finding of invalidity. Rather, it is the right of the bank to participate in certain activities that may be limited. The distinction between capacity under the *ultra vires* doctrine and illegality was explained by F. W. Wegenast in *The Law of Canadian Companies* (1979), at pp. 136-37, where he stated:

It must be borne in mind also that the entire absence of the *ultra vires* rule would not mean that there were no limitations on the legal rights of a corporation. Just as a natural person is capable of doing things that are unlawful, so the capacity of a corporation may be broader than its rights. It has been said that "*ultra vires* and illegality represent totally different ideas," although a prohibition may be in such form that it renders the prohibited act both illegal and *ultra vires*. But an act which is *ultra vires* is not necessarily either *malum in se* or *malum prohibitum*. On the other hand, although it may be true, generally speaking, that a corporate act expressly forbidden by statute is *ultra vires*, it is also clear that an act may be illegal without being *ultra vires*, and remedies are available to enforce the legal limitations of corporations without invoking the plea of *ultra vires*. In many cases, indeed, it would be quite immaterial whether the question were raised as one of right or of capacity. Thus in the case of a shareholder seeking an injunction to restrain the company from any particular act it would be a sufficient ground to say that the company had not the *right* to do the act, without saying that it was not capable. The same could be said as regards action on behalf of the Crown by way of *scire facias* or otherwise. [Emphasis in original.]

Section 20(1) is a saving provision. It is not a provision allowing a bank to do what it is prohibited from doing. Since it is a saving provision, the same principles that guide the modern doctrine of illegality should guide a finding of invalidity under the *Bank Act*. In the present case, a declaration that the bank's participation in the Partnership is prohibited does not harm any third party. The bank deliberately contravened the *Bank Act* and it appears from the evidence that it did so with the knowledge of the other partners. However, a find-

être examiné en se reportant à leurs fondements respectifs. Ce n'est pas la capacité de la banque de former une société en nom collectif qui est restreinte par une conclusion de nullité. C'est plutôt le droit de la banque de participer à certaines activités qui peut être limité. La distinction entre la capacité suivant la théorie de l'excès de pouvoir et la théorie de l'illégalité a été expliquée par F. W. Wegenast dans *The Law of Canadian Companies* (1979), où il a dit ceci, aux pp. 136 et 137:

[TRADUCTION] Il faut également se rappeler que l'absence complète de la règle de l'excès de pouvoir ne voudrait pas dire que les droits d'une personne morale sont illimités. Au même titre qu'une personne physique est capable d'accomplir des actes qui sont illégaux, la capacité d'une personne morale peut être plus étendue que ses droits. On a prétendu que «l'excès de pouvoir et l'illégalité étaient deux choses totalement différentes», bien qu'une interdiction puisse prendre une forme qui rende l'acte prohibé à la fois illégal et *ultra vires*. Or, l'acte qui est *ultra vires* n'est pas nécessairement non plus *malum in se* ou *malum prohibitum*. Par contre, bien qu'il puisse être vrai, de façon générale, que l'acte accompli par une personne morale et qui est expressément interdit par la loi est *ultra vires*, il appert également qu'un acte peut être illégal sans être *ultra vires*, et qu'il existe des recours permettant de faire respecter les restrictions apportées par la loi aux pouvoirs d'une personne morale sans plaider l'*ultra vires*. Dans de nombreux cas, en effet, il importe peu de savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de capacité. Ainsi, dans le cas de l'actionnaire qui demande une injonction pour empêcher la société d'accomplir un acte en particulier, il suffirait d'établir que la société n'avait pas le *droit* d'accomplir l'acte, sans nier sa capacité de le faire. Il en irait de même pour l'action intentée au nom du ministère public par voie de *scire facias* ou autrement. [En italique dans l'original.]

Le paragraphe 20(1) est une disposition d'exception. Il n'est pas une disposition autorisant les banques à faire ce qui leur est interdit de faire. Comme il s'agit d'une disposition d'exception, les mêmes principes qui sous-tendent la théorie moderne de l'illégalité devraient mener à une conclusion de nullité en vertu de la *Loi sur les banques*. Dans la présente affaire, une déclaration portant que la participation de la Banque à la Société est interdite ne cause aucun préjudice à des tiers. La Banque a délibérément contrevenu à la

ing of invalidity on the basis of illegality in the present case would deprive s. 20(1) of any effect. The doctrine of illegality would be triggered by the prohibition set out in s. 174(2)(i) of the *Bank Act*. To find that the Partnership is invalid on this basis alone amounts to a finding on invalidity by reason only of an act in contravention of the statute.

Loi sur les banques, et il ressort de la preuve que les autres associés le savaient. Cependant, en l'espèce, conclure à la nullité en invoquant l'illégalité priverait le par. 20(1) de tout effet. L'application de la théorie de l'illégalité serait déclenchée par l'interdiction prévue à l'al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques*. Conclure que la Société est invalide sur ce seul fondement revient à conclure à la nullité du seul fait d'un acte contraire à la loi.

73 It does not follow, however, as the appellant argued, that the prohibitions set out in the *Bank Act* amount to a licensing scheme. These are clear restrictions on the Bank's right to enter into transactions. Section 20(1), in this context, precludes a finding of invalidity that is based only on a breach of the statute. There are other remedies, in the *Bank Act* in particular, to enforce the prohibitions set out in the *Bank Act*. For example, pursuant to s. 246 of the *Bank Act*, the Inspector General of Banks is empowered to "take charge on the premises of the assets of the bank or any portion thereof, if the need should arise, for the purposes of satisfying himself that the provisions of this Act . . . are being duly observed".

Cependant, il ne s'ensuit pas, comme a prétendu l'appelante, que les prohibitions prévues à la *Loi sur les banques* équivalent à un régime de délivrance de permis. Elles constituent des limites claires au droit des banques d'effectuer des opérations. Dans ce contexte, le par. 20(1) fait obstacle à toute constatation de nullité qui serait fondée seulement sur une violation de la loi. Il existe d'autres recours, en particulier dans la *Loi sur les banques*, permettant de faire respecter les prohibitions prévues par cette loi. Par exemple, aux termes de l'art. 246 de la *Loi sur les banques*, l'Inspecteur général des banques peut «prendre en charge sur place la totalité ou une partie des éléments d'actif de la banque, afin de s'assurer de l'observation par celle-ci des dispositions de la présente loi».

74 Although I accept that s. 20(1) is not a complete bar to the application of the doctrine of illegality in the appropriate case, I do not think that it applies in the present circumstances. I will now examine the application of s. 34 of the *Partnerships Act* on the validity of the partnership created on December 24, 1986.

Même si je reconnais que le par. 20(1) ne fait pas entièrement obstacle à l'application de la théorie de l'illégalité dans les cas qui s'y prêtent, je ne crois pas que celle-ci s'applique dans les circonstances de la présente espèce. Je vais maintenant examiner la validité de la société en nom collectif créée le 24 décembre 1986 au regard de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

(c) The Partnerships Act

c) La Loi sur les sociétés en nom collectif

75 The Court of Appeal held that s. 34 of the *Partnerships Act* expressly dissolved any partnership that may have been created in the present case because s. 174(2)(i) of the *Bank Act* made it unlawful within the meaning of s. 34 for members of the firm to carry on the Partnership. Section 34 provides:

La Cour d'appel a statué que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* a expressément eu pour effet de dissoudre toute société en nom collectif qui a pu être créée en l'espèce, parce que l'al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques* rendait illégale, au sens de l'art. 34, l'exploitation de l'entreprise par les membres de la firme dans le cadre de la Société. Voici le texte de l'art. 34:

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

The appellant argues that the Court of Appeal erred because the penalty imposed by s. 174(16) of the *Bank Act* represents what has been described as “the price of a licence for doing what the statute apparently forbids.” Therefore, it does not compel the conclusion that either the Bank or Leasing was incapable of becoming a member of a valid partnership or that the Partnership was automatically dissolved after its formation on the basis of unlawfulness, pursuant to s. 34.

Both the Court of Appeal and the appellant rely on *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at p. 135, where it states:

... although a statute may appear to prohibit certain activities and impose a penalty for failure to observe its provisions, it does not follow that conduct which would attract the penalty is necessarily illegal. If the statute can genuinely be classed as prohibitory, as will be the case if the penalty is imposed for the protection of the public, then such conduct will be illegal. *Per contra* if, on a true construction of the statute, the penalty merely represents, as Lord Lindley put it, “the price of a licence for doing what the statute apparently forbids.”

The penalty provision in the *Bank Act* dealing with the participation in a Canadian partnership contrary to s. 174(2)(i) is contained in s. 174(16). It reads as follows:

174. . . .

(16) A bank that contravenes any of paragraphs (2)(a), (c), (f), (h), (i) or (j) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five hundred dollars in respect of each contravention.

It is argued that s. 34 of the *Partnerships Act* and s. 20(1) of the *Bank Act* are in conflict because s. 20(1) ensures that all acts done contrary to the

[TRANSDUCTION]

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.

L'appelante soutient que la Cour d'appel a commis une erreur, car la peine prévue au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* correspond à ce qu'on a assimilé au [TRANSDUCTION] «prix d'un permis autorisant l'accomplissement de ce que la loi semble interdire.» Il ne s'ensuivrait donc pas que la Banque ou Leasing était incapable de devenir membre d'une société de personnes valide ou que la Société a automatiquement été dissoute après sa formation, pour cause d'illégalité, conformément à l'art. 34.

La Cour d'appel et l'appelante invoquent l'ouvrage intitulé *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, où l'on dit ceci, à la p. 135:

[TRANSDUCTION] . . . bien qu'une loi puisse sembler interdire certaines activités et fixer une sanction en cas de défaut d'observer ses dispositions, il ne s'ensuit pas qu'une conduite qui donnerait lieu à l'application de la sanction est nécessairement illégale. Si la loi peut vraiment être qualifiée de prohibitive, comme c'est le cas si la peine est infligée pour la protection du public, alors la conduite en question est illégale. Ce sera le contraire si selon l'interprétation appropriée de la loi, la peine représente simplement, comme l'a dit lord Lindley, «le prix d'un permis autorisant l'accomplissement de ce que la loi semble interdire.»

Le paragraphe 174(16) de la *Loi sur les banques* fixe la sanction à infliger en cas de participation à une société en nom collectif canadienne contrairement à l'al. 174(2)(i). Voici le texte du par. 174(16):

174. . . .

(16) La banque qui contrevient aux alinéas (2)a), c), f), h), i) ou j) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq cents dollars pour chaque contravention.

On prétend que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* sont incompatibles parce que le

76

77

78

79

Bank Act are not invalid by reason only of a contravention of the statute. The effect of s. 20(1), it is argued, is that no acts done contrary to the *Bank Act* are unlawful. By paying the "licence fee" set out in s. 174(2) of the *Bank Act*, a bank is permitted to enter into a partnership. For s. 34 of the *Partnerships Act* to then render the participation of a bank in a partnership unlawful is contrary to the *Bank Act* as it prohibits what the *Bank Act* allows. What is argued, in effect, is that the *Bank Act*, as a federal statute, must prevail over the *Partnerships Act*, which is a provincial statute.

par. 20(1) fait en sorte que les actes accomplis en contravention de la *Loi sur les banques* ne sont pas nuls du seul fait qu'il sont contraires à la loi. En conséquence, plaide-t-on, l'effet du par. 20(1) est qu'aucun acte contraire à la *Loi sur les banques* n'est illégal. Moyennant le paiement des «droits de permis» fixés au par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, une banque est autorisée à devenir membre d'une société en nom collectif. Le fait que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* rende ensuite illégale la participation d'une banque à une société en nom collectif est contraire à la *Loi sur les banques* en ce que la première prohibe ce que la seconde autorise. En fait, l'argument est le suivant: la *Loi sur les banques*, en tant que loi fédérale, doit l'emporter sur la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, une loi provinciale.

80 The wording of the penalty provision contained in s. 174(16) makes it clear that the prohibitions contained in s. 174(2) do not amount to a regulatory scheme providing that licence fees be paid for what the *Bank Act* prohibits. To interpret the section in this manner ignores the clear wording of the *Bank Act*. Section 174(16) labels a contravention of the Act an "offence" subject to "summary conviction" and sets out what amounts to a fine. Moreover, even if the combination of ss. 18(1) and 20(1) serves to preserve the validity of the transaction that is prohibited by the Act, the action is no less "unlawful" within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* because it is an action that is contrary to the clear wording of the *Bank Act*.

Il ressort clairement du texte qui crée la sanction au par. 174(16) que les prohibitions établies au par. 174(2) n'équivalent pas à un régime de réglementation fixant des droits de permis autorisant l'accomplissement de ce que la *Loi sur les banques* interdit. Donner une telle interprétation à la disposition, c'est faire abstraction du texte clair de cette loi. Le paragraphe 174(16) qualifie les contraventions à la loi d'«infraction» punissable sur «déclaration de culpabilité par procédure sommaire» et il fixe le montant de l'amende maximale. En outre, même si l'effet conjugué des par. 18(1) et 20(1) permet de sauvegarder la validité de l'opération interdite par la loi, cet acte n'en est pas moins «illégal[1]» au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, puisqu'il est contraire au texte clair de la *Loi sur les banques*.

81 As I do not accept that the penalties outlined in s. 174(16) represent a licence fee for doing what the *Bank Act* clearly prohibits in s. 174(2), I do not find that s. 20(1) of the *Bank Act* and s. 34 of the *Partnerships Act* are in conflict. The effect of s. 34 of the *Partnerships Act* is clear: the unlawfully formed partnership is dissolved *ab initio*. The stipulation in s. 20(1) of the *Bank Act*, that no act of a bank is invalid by reason only of a contravention of that Act, is of no consequence; the act is not invalid by reason only of the prohibition in s. 174(2)(i), but rather by reason of the effect of

Comme je ne souscris pas à l'argument que les peines prévues au par. 174(16) constituent des droits de permis autorisant l'accomplissement de ce que la *Loi sur les banques* interdit clairement au par. 174(2), je n'estime pas que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* et l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* sont incompatibles. L'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* est clair: les sociétés en nom collectif illégalement formées sont dissoutes *ab initio*. Le passage du par. 20(1) de la *Loi sur les banques* qui indique que les actes d'une banque ne sont pas

the contravention on the validity of the partnership under another statute, the *Partnerships Act*. Payment of the penalties set out in s. 174(16) of the *Bank Act* does not render lawful what the *Bank Act* prohibits.

The respondent submits that s. 34 of the *Partnerships Act* should be construed to render invalid any partnership entered into by the Bank or its subsidiary. It can be argued, however, that the effect of dissolving the Partnership under s. 34 of the *Partnerships Act*, when Leasing became a partner, is to make Leasing subject to the prohibitions in the *Bank Act*. If Leasing were subject to the prohibitions in the *Bank Act*, it would be unlawful for it, as a partner, to carry on the business of the Partnership and would therefore be contrary to s. 34 of the *Partnerships Act*. The argument is that the Bank is subject to the prohibitions and penalties set out in the *Bank Act*, but that Leasing's activities are not made unlawful because of the Bank's breach of the statute. To hold otherwise would amount to lifting the corporate veil to determine who are the investors who hold shares in a corporate partner and to determine if the investor has been involved in any unlawful activity.

I do not accept that a finding that the Partnership is unlawful under s. 34 necessitates a finding that Leasing is subject to the prohibitions in the *Bank Act*. Section 34 of the *Partnerships Act* states that a partnership is dissolved upon the happening of an event that makes it unlawful "for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership" (emphasis added). The prohibitions in the *Bank Act* clearly make it unlawful for a bank to "indirectly" participate in a partnership. Any indirect participation by a bank, i.e., participation through a subsidiary company, makes the carrying on of business in the

nuls du seul fait qu'ils sont contraires à cette loi est sans conséquence; l'acte n'est pas nul du seul fait qu'il est interdit à l'al. 174(2*i*), mais plutôt en raison de l'effet de la contravention sur la validité de la société en nom collectif au regard d'une autre loi, en l'occurrence la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Le paiement des amendes prévues au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* ne rend pas légal l'acte que cette loi interdit.

L'intimée soutient que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* devrait être interprété de manière à invalider toute société en nom collectif à laquelle la Banque ou sa filiale auraient participé. Toutefois, il est possible de prétendre que l'effet de la dissolution de la Société par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, lorsque Leasing est devenu un associé, a été d'assujettir cette dernière aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. Si Leasing était assujettie à ces interdictions, il serait illégal pour elle, en tant qu'associé, d'exploiter l'entreprise de la Société et elle contreviendrait en conséquence à l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. On avance l'argument que la Banque est assujettie aux interdictions et aux peines prévues par la *Loi sur les banques*, mais que la violation de cette loi par la Banque ne rend pas les activités de Leasing illégales. Conclure autrement équivaldrait à lever le voile corporatif afin de découvrir qui sont les investisseurs qui détiennent des actions d'une personne morale associée et de déterminer si un investisseur a été impliqué dans quelque activité illégale.

Je n'accepte pas que la conclusion selon laquelle la Société est illégale au sens de l'art. 34 emporte nécessairement la conclusion que Leasing est assujettie aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* indique qu'une société en nom collectif est dissoute dans les cas où se produit un événement qui rend illégale «soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif» (je souligne). Les interdictions prévues par la *Loi sur les banques* indiquent clairement qu'il est illégal pour une banque

82

83

partnership “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act*.

84 With regard to the second part of s. 34, under the reasoning that it cannot be unlawful for Leasing to be a member of the Partnership because it is not subject to the prohibitions of the *Bank Act*, the unlawful event must have occurred when the Bank, which is clearly subject to the *Bank Act*, became a partner on December 27, 1986. The Partnership would therefore have been dissolved on December 27, 1986. I do not accept, however, that the “unlawful” event under s. 34 of the *Partnerships Act* occurred only when the Bank directly became involved in the Partnership on December 27, 1986. In my view, Leasing’s participation in the Partnership on December 24, 1986 can still be considered “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality.

85 The public policy component of the common law doctrine of illegality was not specifically pleaded in the present case; however, the respondent did plead that the Partnership was rendered invalid by s. 34 of the *Partnerships Act* because of the Bank’s or Leasing’s involvement in the Partnership. Moreover, as Krever J. (as he then was) set out in *Menard v. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55 (H.C.), at p. 64:

It is, however, well established that whether or not they are pleaded, if facts are shown in the course of a trial which may render an agreement unenforceable by reason of illegality or public policy a court must take these facts into consideration and, depending on the circumstances, act upon them if necessary by refusing to lend its assistance to a party seeking to enforce his or her rights by relying on the agreement.

86 I have discussed the doctrine of illegality as applied to contracts prohibited by statute. The

de participer «indirectement» à une société en nom collectif. Toute participation indirecte d’une banque, c.-à-d. sa participation par l’entremise d’une filiale, rend l’exploitation de l’entreprise dans le cadre d’une société en nom collectif «illé-gale» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

En ce qui a trait à la seconde partie de l’art. 34, suivant le raisonnement voulant que la participation de Leasing à la Société ne puisse être illégale parce qu’elle n’est pas assujettie aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*, l’événement illégal doit être survenu lorsque la Banque, qui est clairement assujettie à la *Loi sur les banques*, est devenue un associé le 27 décembre 1986. La Société aurait donc été dissoute le 27 décembre 1986. Cependant, je n’accepte pas l’argument suivant lequel l’événement «illéga[l]» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* serait survenu uniquement lorsque la Banque a participé directement à la Société le 27 décembre 1986. À mon avis, la participation de Leasing à la Société le 24 décembre 1986 peut encore être considérée «illé-gale» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la théorie de l’illégalité en common law.

Le volet ordre public de la théorie de l’illégalité en common law n’a pas été expressément plaidé en l’espèce. Toutefois, l’intimée a bel et bien plaidé que l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* rendait la Société illégale en raison de la participation à celle-ci de la Banque ou de Leasing. Qui plus est, le juge Krever (maintenant juge de la Cour d’appel), a dit ceci dans *Menard c. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55 (H.C.), à la p. 64:

[TRADUCTION] Il est cependant bien établi que si, dans le cours d’un procès, il est mis au jour des faits — allégués ou non — qui pourraient rendre un accord inexécutable pour cause d’illégalité ou pour des motifs d’ordre public, le tribunal doit prendre ces faits en considération et, selon les circonstances, les invoquer au besoin pour refuser son assistance à une partie qui cherche à faire respecter ses droits en plaidant l’accord.

J’ai analysé la théorie de l’illégalité dans son application aux contrats interdits par la loi. La

common law doctrine of illegality and its effect on the validity of a contract must also be considered with regard to acts contrary to public policy. The development of the law in this area can be traced to *Holman v. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120, where Lord Mansfield stated, at p. 1121:

The principle of public policy is this; *ex dolo malo non oritur actio*. No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causâ*, or the transgression of a positive law of this country, there the Court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the Court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff.

Since *Holman*, the courts have examined many transactions which involve what the courts considered to be immoral or illegal acts. The public policy in the present case is similar to the public policy recognized in the case law where the courts have refused to uphold a contract to commit a crime. To enforce a contract of this type is to recognize that it is valid to agree to circumvent the law for economic gain. As *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13th ed. 1996), explains, at p. 375: "An allied rule of public policy is that no person shall be allowed to benefit from his own crime."

While it may not be strictly contrary to the *Bank Act* for Leasing to enter into a partnership, the parties to the agreements are, in effect, asking that they be permitted to benefit from a deliberate breach of the provisions of the *Bank Act*. In this case, it is clear that, by virtue of s. 174 of the *Bank Act*, the Bank is prohibited from directly or indirectly participating in a partnership. The parties to the Master Agreement and the Partnership Agreement were aware of this prohibition, but proceeded to enter into the Partnership with this knowledge. It is worth reiterating that Leasing declined to give the representations and warranties regarding quali-

théorie de l'illégalité en common law et son effet sur la validité d'un contrat doivent également être examinés en ce qui a trait aux actes contraires à l'ordre public. L'élaboration du droit sur cette question remonte à l'arrêt *Holman c. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120, dans lequel lord Mansfield a déclaré ceci, à la p. 1121:

[TRADUCTION] Le principe de l'ordre public est le suivant; *ex dolo malo non oritur actio*. Aucun tribunal ne prêtera son assistance à la personne qui fonde sa cause d'action sur un acte illégal ou immoral. Si, de l'aveu même du demandeur ou suivant quelque autre source, la cause d'action semble reposer sur un fondement immoral ou sur la transgression du droit positif du pays, le tribunal dit alors que le demandeur n'a droit à aucune assistance. Voilà le motif sur lequel le tribunal se fonde; non pas pour le bénéfice du défendeur, mais parce qu'il ne prêtera pas son assistance à pareil demandeur.

Depuis l'arrêt *Holman*, les tribunaux ont examiné de nombreuses opérations mettant en cause des actes qu'ils considéraient immoraux ou illégaux. La situation d'ordre public soulevée par le présent cas est similaire à celle reconnue dans les décisions où les tribunaux ont refusé de confirmer la validité d'un contrat visant la perpétration d'un crime. Forcer l'exécution d'un tel contrat serait reconnaître qu'il est légitime de convenir de contourner la loi dans le but de tirer un avantage financier. Comme on l'explique dans *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13^e éd. 1996), à la p. 375: [TRADUCTION] «Suivant une règle connexe à l'ordre public, nul n'est autorisé à profiter d'un crime qu'il a commis».

Bien qu'il ne soit pas strictement contraire à la *Loi sur les banques* pour Leasing de participer à une société en nom collectif, les parties à l'accord demandent dans les faits qu'on leur permette de profiter d'une violation délibérée des dispositions de la *Loi sur les banques*. En l'espèce, il est clair que, en raison de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, il est interdit à la Banque de participer directement ou indirectement à une société en nom collectif. Les parties à l'accord principal et au contrat de société connaissaient cette interdiction, mais ont néanmoins formé la Société en toute connaissance de cause. Il convient de rappeler que

fication to carry on the business of the Partnership that had been requested of all proposed members.

89 The Bank negotiated the terms of the Master Agreement and set up a transaction that it hoped would allow it to circumvent the terms of the *Bank Act* and avoid the consequences of the dissolution section in s. 34 of the *Partnerships Act*. To find that the Partnership is dissolved when the Bank directly becomes involved on December 27, 1986 but not when Leasing, acting for the Bank, became involved in the Partnership on December 24, 1986 is to give effect to a transaction that offends public policy. To sanction the participation of Leasing in the Partnership is to sanction the agreement to circumvent the provisions and penalties of the *Bank Act* and the *Partnerships Act*.

90 Is the finding that the transaction offends public policy sufficient to label the transaction illegal? As noted earlier, *Still, supra*, sets out the modern approach to this area of the law. At p. 138, Robertson J.A. explains the differences between the classical model of illegality and the modern approach. He states that the modern approach to illegality recognizes that a contract will not be considered void *ab initio* simply because it is prohibited. Under the modern approach, the contract can be declared illegal, and relief may be granted as an exception, or the contract can be held not to be illegal, and therefore enforceable. Enforceability of a contract depends upon an assessment of the purpose and objects of the prohibition, in the context of the case.

91 Similarly, C. Boyle and D. R. Percy, eds., in *Contracts: Cases and Commentaries* (5th ed. 1994), state, at p. 719:

One way of conceptualizing this area might be to focus on the instances where public or communitarian concerns override the contracting parties' interests in order-

Leasing a refusé de faire les déclarations et de donner les garanties relatives à sa qualification pour exploiter l'entreprise de la Société, déclarations et garanties requises de tous les futurs associés.

La Banque a négocié les modalités de l'accord principal et a monté une opération qui, espérait-elle, lui permettrait de contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et d'éviter les conséquences de la partie de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* qui a trait à la dissolution. Conclure que la Société a été dissoute lorsque la Banque y a participé directement le 27 décembre 1986, mais non lorsque Leasing, agissant pour la Banque, a participé à la Société le 24 décembre 1986, revient à donner effet à une opération portant atteinte à l'ordre public. Avaliser la participation de Leasing à la Société revient à avaliser l'accord conclu pour contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et éluder leurs sanctions.

Est-ce que la conclusion selon laquelle l'opération porte atteinte à l'ordre public est suffisante pour permettre de qualifier l'opération d'illégale? Comme il a été souligné plus tôt, l'approche moderne en ce qui a trait à ce domaine du droit a été exposée dans *Still, précité*. À la p. 138 de cet arrêt, le juge Robertson explique les différences entre la théorie classique de l'illégalité et l'approche moderne. Il affirme que l'approche moderne en matière d'illégalité reconnaît qu'un contrat ne sera pas considéré nul *ab initio* simplement parce qu'il est interdit. Suivant cette approche, le contrat peut soit être déclaré illégal, auquel cas une réparation peut être accordée à titre exceptionnel, soit ne pas être déclaré illégal et, par conséquent, être exécutable. Le caractère exécutable d'un contrat dépend de l'appréciation qui est faite des objectifs de l'interdiction, compte tenu du contexte de l'affaire.

De même, C. Boyle et D. R. Percy, dir., *Contracts: Cases and Commentaries* (5^e éd. 1994), affirment ce qui suit, à la p. 719:

[TRADUCTION] Une façon de conceptualiser cette question pourrait être de s'attacher aux cas où des considérations d'ordre public ou communautaire l'emportent sur

ing their private affairs as they choose. . . . This approach is well-expressed in the early case of *Maddox v. Fuller* (1937), 173 So. 12 at 16: “The true test . . . is whether the public interest is injuriously affected in such substantial manner that private rights and interests should yield to those of the public.”

Boyle and Percy go on to state that “[o]n the other hand, it is possible to see the enforcement of certain contracts as reflecting public policy concerns just as much as the non-enforcement of other contracts”. The proper question therefore, in my view, is whether it is in the interests of public policy to recognize the validity of the Partnership or whether it is in the interests of public policy to refuse to give effect to the transaction. In all of the circumstances, I conclude that it is contrary to public policy to allow the parties to the transaction to benefit from their deliberate breach of the prohibitions set out in the *Bank Act*. No third party will be harmed by the refusal to give effect to the transaction. All of the parties to the Master Agreement and the Partnership Agreement were aware that they were assisting the Bank in breaching the statute. The only hardship that may result from a finding that the formation of the Partnership on December 24, 1986 is illegal at common law on the grounds of public policy is that Leasing will not benefit from the deferred tax payment under s. 97(2) of the *Income Tax Act*.

Even though I have found that Leasing’s participation in the Partnership is illegal on the ground of public policy, it is not necessary in this case to consider the effect of a finding of illegality at common law and the possible remedies set out in G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at pp. 438-66; *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract, supra*, at pp. 385-406. The result of a finding that Leasing’s participation in the Partnership is contrary to public policy is that it is “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* and that the Partnership is dissolved.

In closing on this issue, I wish to add that a finding that the Bank was prohibited from participating in the Partnership, directly or indirectly, therefore

l’intérêt des parties contractantes à arranger leurs affaires privées à leur gré. [. . .] Cette approche a été bien exprimée dans le vieil arrêt *Maddox c. Fuller* (1937), 173 So. 12, à la p. 16: «Le véritable critère [. . .] consiste à se demander si l’ordre public subit un tort à ce point substantiel que les droits et les intérêts privés devraient céder devant ceux du public.»

Boyle et Percy ajoutent que, [TRADUCTION] «[p]ar contre, il est possible de considérer que l’exécution de certains contrats répond tout autant à des préoccupations d’ordre public que la non-exécution de certains autres contrats». Par conséquent, la question qu’il faut se poser à mon avis est de savoir s’il convient, pour des raisons d’ordre public, de reconnaître la validité de la Société ou de refuser de lui donner effet. Compte tenu de toutes les circonstances, je conclus qu’il est contraire à l’ordre public de permettre aux parties à l’opération de profiter de leur violation délibérée des interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. Aucun tiers ne subira de préjudice du refus de donner effet à l’opération. Toutes les parties à l’accord principal et au contrat de société savaient qu’elles aidaient la Banque à violer la loi. Le seul préjudice susceptible de résulter de la conclusion que la formation de la Société le 24 décembre 1986 était illégale en vertu de la common law pour des raisons d’ordre public est que Leasing ne profitera pas du report d’impôt prévu au par. 97(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Même si j’ai conclu que la participation de Leasing à la Société est illégale pour des raisons d’ordre public, il n’est pas nécessaire en l’espèce d’examiner l’effet d’une conclusion d’illégalité en common law ainsi que les redressements possibles exposés dans G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9^e éd. 1995), aux pp. 438 à 466; *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract, op. cit.*, aux pp. 385 à 406. Le résultat de la conclusion que la participation de Leasing à la Société est contraire à l’ordre public est qu’il s’agit d’un acte «illéga[l]» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et que la Société est dissoute.

En terminant sur cette question, je tiens à ajouter que la conclusion qu’il était interdit à la Banque de participer à la Société, directement ou indirecte-

92

93

94

rendering the transaction invalid, does not render invalid the participation of the other parties in the Partnership. The other two subsidiaries of Central (693396 and CCMI) were valid participants in the Partnership and in my view created a valid partnership at law between themselves on December 24, 1986. After Leasing and subsequently the Bank are removed from the Partnership, it continued as a valid entity. This proposition is supported by *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.). In that case, a partnership was dissolved by operation of s. 34 of the *Partnership Act 1890*, the same provision as that contained in the *Ontario Partnerships Act*, because one member of a law firm's practising certificate lapsed without the knowledge of the other partners. The partnership, however, was reconstituted as a partnership between the remaining partners.

3. *Was Leasing liable for recapture under s. 13 of the Income Tax Act as the person that disposed of its depreciable assets to the Central subsidiary?*

95

Having found that Leasing was not a member of a valid partnership and could not take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*, I must determine whether Leasing is liable for recapture of capital cost allowance as the vendor of the leasing assets. Since the transaction entered into by the parties did not involve the transfer of a partnership interest, it follows that what was transferred from the Continental group to the Central group was leasing assets. Leasing claims that a finding that the property that was transferred to Central was leasing assets, rather than an interest in a partnership, does not make Leasing the vendor of those assets and, therefore, liable for the recapture of capital cost allowance. The Court of Appeal, after finding that no valid partnership existed, did not make an express finding that Leasing sold the leasing assets to Central. It simply attributed the recapture to Leasing and upheld the Crown's reassessment. Bowman J.T.C.C. did not make a finding on this issue because once he found that a valid partner-

ment, conclusion qui a pour effet d'invalider l'opération, n'invalide pas la participation des autres associés à la Société. Les deux autres filiales de Central (693396 et CCMI) ont valablement participé à la Société et, à mon avis, ces dernières ont créé entre elles une société en nom collectif valide en droit le 24 décembre 1986. Après le retrait de Leasing, puis de la Banque, la Société est demeurée une entité valide. Cette proposition est étayée par l'arrêt *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.). Dans cette affaire, une société en nom collectif a été dissoute par application de l'art. 34 de la *Partnership Act 1890*, soit la même disposition que celle de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, parce que le permis d'exercice d'un membre d'un cabinet d'avocats avait expiré à l'insu des autres associés. Toutefois, la société avait été reconstituée en société en nom collectif formée des associés restants.

3. *Leasing était-elle tenue de payer de l'impôt relativement à la récupération de l'amortissement en vertu de l'art. 13 de la Loi de l'impôt sur le revenu en tant que personne ayant disposé de ses biens amortissables en faveur de la filiale de Central?*

Comme j'ai conclu que Leasing n'était pas membre d'une société en nom collectif et qu'elle ne pouvait se prévaloir du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je dois déterminer si elle est tenue au paiement de l'impôt à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en tant que vendeur des éléments d'actif de crédit-bail. Étant donné que l'opération intervenue entre les parties n'englobait pas le transfert d'une participation dans une société en nom collectif, il s'ensuit que ce qui a été transféré par le groupe Continental au groupe Central ce sont les éléments d'actif de crédit-bail. Leasing prétend que le fait de conclure que ce qui a été transféré à Central ce sont les éléments d'actif de crédit-bail et non une participation dans une société en nom collectif ne fait pas d'elle le vendeur de ces éléments d'actif et ne la rend pas, de ce fait, responsable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Après être arrivée à la conclusion qu'aucune société en nom collectif valide n'avait existé, la

ship had been formed, it was not necessary to determine who would have disposed of the assets if no partnership had been formed.

Leasing argues that it was the Bank that disposed of the leasing assets and on that basis, it is not liable for the recapture of capital cost allowance. Leasing stressed that the original transaction with Central was to be a sale of the shares in Leasing and that the Bank would have been the vendor, given that it was the sole shareholder in the company. While this may be true, I do not think that it follows that the Bank was the vendor of the leasing assets.

Having found that the substance of the transaction was a sale of assets, the conveyance of those assets occurred when Leasing signed the Master Agreement on December 23, 1986. The s. 97(2) election showed all three of the Central subsidiaries as transferees under the conveyance of assets, not just the two subsidiaries that signed the December 24, 1986 Partnership Agreement. The three Central subsidiaries appeared to have a *bona fide* intention to carry on business in common with each other and there was no legal prohibition to prevent them from forming a partnership between themselves under the name Central Capital Leasing. The failure of Leasing ever to be a member of a valid partnership with any of them did not prevent the assets from being acquired by the Central subsidiaries and being held by them under the name Central Capital Leasing. Once the partnership scheme is collapsed *vis-à-vis* Leasing, what is left is a sale of Leasing's assets to Central's subsidiaries on December 24, 1986.

Leasing argues that the sale of the assets effectively took place on December 29, 1986, two days

Cour d'appel n'a pas conclu expressément que Leasing avait vendu les éléments d'actif de crédit-bail à Central. Elle a simplement attribué la récupération de la déduction pour amortissement à Leasing et confirmé la nouvelle cotisation. Le juge Bowman n'a tiré aucune conclusion à cet égard, puisque, comme il avait jugé qu'une société en nom collectif valide avait été formée, il n'était pas nécessaire qu'il décide qui aurait disposé des éléments d'actif si aucune société n'avait été formée.

Leasing soutient que c'est la Banque qui a disposé des éléments d'actif de crédit-bail et que, pour cette raison, elle n'a aucune obligation à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Elle souligne que l'opération initiale envisagée était la vente de ses actions à Central et que la Banque aurait été le vendeur, étant donné qu'elle était l'unique actionnaire de l'entreprise. Même si cela est vrai, je ne crois pas qu'il s'ensuive que la Banque ait été le vendeur des éléments d'actif de crédit-bail.

J'estime que l'objet de l'opération était la vente des éléments d'actif et que ceux-ci ont été transférés lorsque Leasing a apposé sa signature à l'accord principal le 23 décembre 1986. Il ressort du choix effectué en application du par. 97(2) que les trois filiales de Central, et non seulement les deux qui ont signé le contrat de société le 24 décembre 1986, sont des cessionnaires dans le cadre du transfert des éléments d'actif. Les trois filiales de Central semblent avoir eu l'intention véritable d'exploiter une entreprise en commun, et aucune interdiction légale ne les empêchait de former ensemble une société en nom collectif appelée Central Capital Leasing. Le fait que Leasing n'ait jamais été membre d'une société en nom collectif valide avec l'une ou l'autre d'entre elles n'a pas empêché les filiales de Central de faire l'acquisition des éléments d'actif et de les détenir sous la dénomination Central Capital Leasing. Après l'effondrement de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing, ce qui subsiste est la vente des éléments d'actif de Leasing aux filiales de Central le 24 décembre 1986.

Leasing affirme que la vente des éléments d'actif a eu lieu dans les faits le 29 décembre 1986,

96

97

98

after the purported transfer of the 99 percent partnership interest from Leasing to the Bank. In other words, it is argued that the transfer from Leasing to the Bank on December 27, 1986 would in reality have been a transfer of the leasing assets if the partnership was invalid and would have made the Bank the owner of the assets on the date they were transferred to Central.

99 Section 13 of the *Income Tax Act* imposes the tax liability for recapture of capital cost allowance on the person who owned depreciable assets and disposed of those assets. The only person that can be liable for the recapture is Leasing because, as owner of the assets on December 24, 1986, Leasing transferred those assets to what it hoped to be a valid partnership. The Bank was not a party to the transfer.

100 What the appellant seeks to do is to characterize the Bank as having acquired Leasing's assets when the 99 percent partnership interest was transferred to it on December 27, 1986. This would make the Bank the vendor of the assets which disposed of them to Central on December 29, 1986. To adopt this approach would require the invalid partnership interest that was transferred to the Bank by Leasing to be converted to a transfer of assets. This approach is flawed because, by December 29, 1986, Leasing was no longer the owner of the assets. The fact that the Partnership was not a valid one *vis-à-vis* Leasing and that consequently the s. 97(2) rollover was ineffective does not negate the consequence that the assets were transferred on December 24, 1986.

101 The proceeds of the sale of the assets were paid to the Bank on December 29, 1986 in the form of notes and debentures from Central. This, however, does not change the fact that Leasing was the vendor of those assets on December 24, 1986 and was entitled to the proceeds of the disposition. Income

deux jours après le prétendu transfert à la Banque de la participation de 99 pour cent de Leasing dans la société en nom collectif. En d'autres termes, on prétend que le transfert intervenu entre Leasing et la Banque le 27 décembre 1986 aurait en réalité été un transfert des éléments d'actif de crédit-bail, dans la mesure où la société en nom collectif était invalide, et qu'il aurait fait de la Banque le propriétaire des éléments d'actif à la date de leur transfert à Central.

L'article 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que la personne qui possédait des biens amortissables et qui en a disposé est tenue de payer l'impôt à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. La seule personne qui puisse être tenue à cette obligation est Leasing puisque, en tant que propriétaire des éléments d'actif le 24 décembre 1986, elle a transféré ces biens à une entité qui, espérait-elle, était une société en nom collectif valide. La Banque n'a pas été partie au transfert.

Ce que l'appelante désire, c'est que la Banque soit considérée comme ayant acquis les éléments d'actif de Leasing lorsque la participation de 99 pour cent dans la société en nom collectif lui a été transférée le 27 décembre 1986. Il en résulterait que la Banque est le vendeur qui a disposé des éléments d'actif en faveur de Central le 29 décembre 1986. Pour retenir ce point de vue, il faudrait assimiler à un transfert d'éléments d'actif le transfert par Leasing à la Banque de sa participation dans la société en nom collectif invalide. Or, ce point de vue est lacunaire étant donné que, le 29 décembre 1986, Leasing n'était plus propriétaire des éléments d'actif. Le fait que la Société n'était pas valide en ce qui concerne Leasing et que, en conséquence, le transfert libre d'impôt effectué en vertu du par. 97(2) était sans effet, n'empêche pas que les éléments d'actif ont été transférés le 24 décembre 1986.

Le produit de la vente des éléments d'actif a été versé à la Banque le 29 décembre 1986 sous la forme de billets et de débentures de Central. Cela ne change cependant rien au fait que Leasing était le vendeur de ces éléments d'actif le 24 décembre 1986 et avait droit au produit de la disposition.

tax principles require that taxpayers be taxed on amounts that are receivable. The transfer of the "partnership interest" from Leasing to the Bank could arguably be characterized as a transfer of the proceeds that Leasing was to receive from the sale of its assets to Central subsidiaries. However, even characterized in this way, Leasing is liable for the recapture of capital cost allowance as the vendor of the assets. Subsection 56(4) of the *Income Tax Act* requires that where a taxpayer transfers rights to income that should have been included as income for the taxation year because the amount would have been receivable in that year, the taxpayer will be taxed on that income.

VII. Conclusion

Although the parties in this case set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, the participation of Leasing in that partnership was void by virtue of s. 34 of the *Partnerships Act*. The collapse of the partnership scheme *vis-à-vis* Leasing, however, does not change the fact that Leasing's assets were transferred to Central's subsidiaries on December 24, 1986. Because these assets were not transferred to a partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, Leasing cannot take advantage of that provision and is therefore liable for the recapture of capital cost allowance on its depreciable assets pursuant to s. 13 of the *Income Tax Act*. I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — My colleague Justice Bastarache concludes that the Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing") cannot take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, because its participation in the

Suivant les principes de l'impôt sur le revenu, les contribuables sont imposés sur les sommes qui leur sont dues. Il serait possible de prétendre que le transfert par Leasing à la Banque de la «participation dans la société en nom collectif» peut être qualifié de transfert du produit que Leasing devait toucher par suite de la vente de ses éléments d'actif aux filiales de Central. Cependant, même suivant cette qualification, Leasing est tenue au paiement de l'impôt à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en tant que vendeur des biens. Suivant le par. 56(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'un contribuable transfère le droit à une somme qui aurait dû être incluse dans son revenu pour l'année d'imposition visée du fait que cette somme aurait été à recevoir au cours de l'année en question, ce contribuable est tenu de payer de l'impôt sur ce revenu.

VII. La conclusion

Même si, en l'espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, la participation de Leasing à cette société était nulle en raison de l'art. 34 de cette loi. La dissolution de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing ne change cependant rien au fait que les éléments d'actif de Leasing ont été transférés aux filiales de Central le 24 décembre 1986. Ces biens n'ayant pas été transférés à une société en nom collectif pour l'application du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Leasing ne peut se prévaloir de cette disposition et doit donc inclure dans son revenu, conformément à l'art. 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le montant de la déduction pour amortissement à l'égard de ses biens amortissables. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Mon collègue le juge Bastarache conclut que Continental Bank Leasing Corporation («Leasing») ne peut tirer avantage du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications, étant

partnership was void by virtue of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370. While I agree with all other aspects of his reasons, I respectfully differ on this point and consequently on the disposition of this appeal.

104 The partnership in question was formed between Leasing and two wholly owned subsidiaries of Central Capital Leasing, 693396 Ontario Limited ("693396") and Central Capital Management Inc. ("CCMI"), on December 24, 1986. The trial judge found that it was a real and binding partnership. The partners would not have been able to tell a third party that they were not partners. On this basis, he found the arrangements set up to reduce tax were valid and held that Leasing was entitled to take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*.

105 The respondent on appeal argued that the partnership was not valid by reason of the combined operation of s. 174(2) of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, and s. 34 of the *Ontario Partnerships Act*. The *Bank Act* states:

174. . . .

(2) Except as authorized by or under this Act and in accordance with such terms and conditions, if any, as are prescribed by the regulations, a bank shall not, directly or indirectly,

. . . .

(i) acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership. . . .

The *Partnerships Act* states:

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the

donné que sa participation dans la société en nom collectif était frappée de nullité en vertu de la *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, ch. 370, (ci-après la «*Loi sur les sociétés en nom collectif*»). Bien que je souscrive à tous les autres aspects de ses motifs, je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec lui sur ce point et, par conséquent, sur l'issue du présent pourvoi.

La société en nom collectif en cause a été formée le 24 décembre 1986 par Leasing et deux filiales en propriété exclusive de Central Capital Leasing: 693396 Ontario Limited («693396») et Central Capital Management Inc. («CCMI»). Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'une véritable société en nom collectif liant les parties. En effet, les membres de la société n'auraient pas pu dire à des tiers qu'ils n'étaient pas associés. Sur ce fondement, il a conclu que les arrangements pris en vue de réduire l'impôt payable étaient valides et que Leasing avait le droit de tirer avantage du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En appel, l'intimée a plaidé que la société en nom collectif n'était pas valide en raison de l'effet conjugué du par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario. La *Loi sur les banques* dispose ainsi, à l'al. 174(2)i):

174. . . .

(2) Sauf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application, et conformément aux modalités fixées par règlement, la banque ne peut, directement ou indirectement:

. . . .

i) acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société. . . .

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* dispose ainsi, à l'art. 34:

[TRADUCTION]

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale

business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

The reasoning underlying the respondent's argument appears to be as follows:

1. Section 174 of the federal *Bank Act* prohibits the Continental Bank of Canada (the "Bank") from acquiring or holding an interest, or otherwise investing or participating in, a partnership or limited partnership in Canada.
2. The Bank violated this provision when its wholly owned subsidiary, Leasing, entered into a partnership with 693396 and CCMI.
3. Section 34 of the Ontario *Partnerships Act* provides that a partnership is "dissolved" by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.
4. The partnership formed initially by Leasing and the two other corporations was dissolved under s. 34 because of the operation of s. 174 of the *Bank Act* either (a) because s. 174 made the partnership's business unlawful; or (b) because s. 174 made it unlawful for the members of the firm to carry it on in partnership.
5. This effect prevails despite s. 20(1) of the *Bank Act*, which provides that "[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act".

In my view, steps 4 and 5 of the argument are not made out.

The first question is whether s. 34 of the *Partnerships Act* is attracted because the Bank's invest-

soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.

Le raisonnement qui sous-tend l'argument de l'intimée paraît être le suivant:

1. L'article 174 de la *Loi sur les banques*, loi fédérale, interdit à la Banque Continentale du Canada (la «Banque») d'acquérir ou de détenir une participation dans une société de personnes — ou société en nom collectif — ou dans une société en commandite, ou de participer autrement à une telle société au Canada.
2. La Banque a violé cette disposition lorsque Leasing, sa filiale en propriété exclusive, a formé une société en nom collectif avec 693396 et CCMI.
3. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario prévoit que la société en nom collectif est «dissoute» dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.
4. La société en nom collectif formée initialement par Leasing et les deux autres sociétés mentionnées a été dissoute au sens de l'art. 34 par l'effet de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, soit a) parce que l'art. 174 rendait illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif, soit b) parce que l'art. 174 rendait illégale l'exploitation par les membres de la firme de l'entreprise de celle-ci dans le cadre d'une société en nom collectif.
5. Cet effet subsiste malgré le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* qui indique que «[l]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi».

À mon avis, le bien-fondé des quatrième et cinquième points de l'argumentation n'a pas été établi.

La première question est de savoir si l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* s'applique

ment in a partner (Leasing) makes it unlawful for the business of the partnership to be carried on. If an investor holds shares in a corporate partner in a partnership when the law says it should not, is the business of the partnership thereby rendered illegal? I think not. The partnership must be distinguished from those who may invest in or support the partners that make it up. The investors are behind the scenes. They do not incur liability for partnership obligations. The law looks only to the partners to satisfy any liability that the partnership may incur. An investor may supply money to a partner which the partner then uses to carry on lawful business. The fact that the law says that the investor should not have supplied the money does not render the partnership business unlawful.

parce que le fait que la Banque a investi dans un associé (Leasing) de la société en nom collectif aurait rendu illégale l'exploitation de l'entreprise de celle-ci. Le fait qu'un investisseur possède des actions d'une société actionnaire d'une société en nom collectif, malgré que la loi dise qu'il ne devrait pas le faire, rend-il illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif? Je ne le pense pas. Une distinction doit être faite entre la société en nom collectif et les parties qui investissent dans les associés la composant ou qui les appuient autrement. Les investisseurs agissent en coulisse et n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des obligations de la société en nom collectif. En vertu de la loi, seuls les associés sont tenus des obligations de la société. Un investisseur peut fournir à un associé des fonds que ce dernier utilise ensuite pour exploiter une entreprise légale. Le fait que, suivant la loi, l'investisseur n'aurait pas dû fournir ces fonds ne rend pas illégale l'entreprise de la société en nom collectif.

109 This is precisely the situation in the case at bar. Prior to December 27, 1986, the Bank was not a partner. It merely held shares in one of the partners, Leasing, which was a separate and legally distinct corporation. The *Bank Act* says that the Bank should not have held shares in Leasing if Leasing was a partner in a partnership. But this does not render illegal the business that Leasing carried on in the partnership. Leasing was a distinct and separate entity from the Bank, as was the partnership it entered into. The fallacy in the argument of the respondent is that it treats the Bank as if it were a partner in the partnership. But, prior to December 27th, it was not a partner. Leasing was the partner. And Leasing did not violate s. 174 of the *Bank Act*. Indeed, Leasing could not violate s. 174 of the *Bank Act*, because it was not a bank.

C'est précisément la situation en l'espèce. Avant le 27 décembre 1986, la Banque n'était pas un associé au sein de la société en nom collectif. Elle détenait simplement des actions de l'un des associés, en l'occurrence Leasing, une personne morale distincte sur le plan juridique. Selon la *Loi sur les banques*, la Banque ne devait pas détenir d'actions de Leasing si celle-ci faisait partie d'une société en nom collectif. Toutefois, cela ne rend pas illégale l'entreprise exploitée par Leasing dans le cadre de la société en nom collectif. Leasing était une entité distincte de la Banque, tout comme la société en nom collectif dont elle faisait partie. L'erreur dans l'argumentation de l'intimée est qu'elle traite la Banque comme si elle était un des associés de la société en nom collectif. Mais, avant le 27 décembre 1986, ce n'était pas le cas. C'est Leasing qui était l'associé. Et Leasing n'a pas violé l'art. 174 de la *Loi sur les banques*. De fait, Leasing ne pouvait pas violer l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, puisqu'elle n'était pas une banque.

110 The next question is whether s. 34 of the *Partnerships Act* is attracted because s. 174 of the *Bank Act* made it unlawful for Leasing to be a partner in the firm. The same point disposes of this question.

La question suivante consiste à se demander si l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* s'applique parce que, en vertu de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, il aurait été illégal pour Lea-

Leasing was a separate corporation from the Bank. It had its own identity. It was not a bank. So s. 174 does not touch it. There is nothing in s. 174 of the *Bank Act* that made it unlawful for Leasing to be a member of the partnership.

If these observations are correct, then, prior to December 27th, s. 174 did not make it unlawful for the partnership to carry on its business, or for Leasing to be a partner. It made it unlawful for the Bank to invest in Leasing, but that is an entirely different thing. It does not affect the legality of the partnership's business or of Leasing's participation in the partnership.

It follows that the partnership was not dissolved under s. 34 of the *Partnerships Act* because the Bank should not have held shares in one of the partners. To suggest that partnerships could be dissolved simply because a behind-the-scenes investor or supporter of one of the partners was legally prohibited from investing in the partnership is to assert a proposition novel to the law. In determining who may be partners and what the lawful business of the partnership is, the law looks to the partnership and the partners, not those who invest or hold shares in the partners. Where the partner is a corporation, as here, the general rule that the law does not pierce the corporate veil reinforces this conclusion: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Were it otherwise, one would never know whether a partnership is valid without investigating all those who may own shares or financially support the partners. This would make it difficult if not impossible to do business with partnerships with any sense of security. In the case at bar, the consequence of holding the partnership void is to defeat a transaction aimed at minimizing tax. However, in other cases it might

sing d'être un des associés de la firme. Le même raisonnement permet de trancher cette question. Leasing était une personne morale distincte de la Banque. Elle avait sa propre identité. Elle n'était pas une banque. Par conséquent, elle n'est pas visée par l'art. 174. L'article 174 de la *Loi sur les banques* n'a pas pour effet de rendre illégale la participation de Leasing dans la société en nom collectif.

Si ces observations sont exactes, alors, avant le 27 décembre 1986, l'art. 174 ne rendait pas illégale l'exploitation par la société en nom collectif de son entreprise, ou la participation de Leasing en tant qu'associé. Suivant cet article, il était illégal pour la Banque d'investir dans Leasing, mais il s'agit d'une toute autre question. Cet article n'a aucune incidence sur la légalité de l'entreprise de la société en nom collectif ni sur la participation de Leasing dans la société.

Il s'ensuit que la société en nom collectif n'a pas été dissoute par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* parce que la Banque n'aurait pas dû détenir des actions de l'un des associés de celle-ci. Prétendre qu'une société en nom collectif peut être dissoute simplement parce qu'une partie qui, en coulisse, investit dans l'un de ses associés ou l'appuie d'une autre façon n'était pas autorisée par la loi à le faire est un argument nouveau en droit. Pour déterminer qui peut être associé d'une société en nom collectif et quelle est l'entreprise légale d'une telle société, le droit considère la société en cause et ses associés, et non les parties qui investissent dans ces derniers ou détiennent des actions de ceux-ci. Lorsque l'associé en cause est une personne morale, comme c'est le cas en l'espèce, la règle générale selon laquelle le droit ne lève pas le voile corporatif renforce cette conclusion: *Salomon c. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). S'il en était autrement, il serait impossible de savoir si la société en nom collectif est valide sans identifier tous ceux qui possèdent des actions des associés de cette société ou qui les soutiennent financièrement de quelque autre façon. Il serait alors difficile, voire impossible de faire affaire avec des sociétés en nom collectif tout en ayant un quelconque sentiment de sécurité. En

111

112

affect innocent third parties relying on the partnership.

l'espèce, conclure à la nullité du contrat de société en nom collectif aurait pour conséquence d'annuler une opération visant à réduire l'impôt à payer. Cependant, dans d'autres cas, une telle conclusion pourrait avoir des répercussions sur des tiers de bonne foi qui se fient à la société en nom collectif.

113 A further consequence of holding that an unlawful investment voids a partnership entered into by an investee is that the legal status of partnerships would vary with the shareholders in corporate partners. If a bank holds shares in a corporate partner, the partnership would be void. But if the bank sells those shares to a non-bank (and who is to know?) is the partnership reconstituted? The only sensible rule is what I apprehend to be the legal rule — that the validity of a partnership depends on its members, not on who may hold shares in them.

Une autre conséquence de la conclusion qu'un investissement illégal a pour effet d'invalider une société en nom collectif dont est partie le bénéficiaire de l'investissement est que le statut juridique des sociétés en nom collectif varierait en fonction de l'identité des actionnaires des sociétés qui en sont les associés. Ainsi, si une banque détient des actions d'une société associée de la société en nom collectif, celle-ci serait frappée de nullité. Cependant, si la banque vend ces actions à une entité autre qu'une banque (et qui le saurait?), la société en nom collectif est-elle reconstituée? La seule règle raisonnable est celle qui, à mon avis, constitue la règle de droit — savoir que la validité de la société en nom collectif dépend de l'identité de ses membres et non des actionnaires de ceux-ci.

114 This brings me to Bastarache J.'s argument that Leasing's participation in the partnership on December 24, 1986 can be considered unlawful within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. This argument posits that, despite the fact that Leasing's participation in the partnership does not contravene the provisions of the *Bank Act*, it should be considered illegal for public policy reasons, namely because "[t]o sanction the participation of Leasing in the Partnership is to sanction the agreement to circumvent the provisions and penalties of the *Bank Act* and the *Partnerships Act*" (para. 89). In essence, Bastarache J. equates his conclusion that Leasing's participation in the partnership is "illegal" under the doctrine of illegality with a finding that that participation is also "unlawful" under s. 34 of the *Partnerships Act*. In my view, the equation is not warranted.

Cela m'amène à l'argument du juge Bastarache selon lequel la participation de Leasing dans la société en nom collectif le 24 décembre 1986 peut être considérée illégale au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la doctrine de l'illégalité en common law. Cet argument postule que, malgré le fait que la participation de Leasing dans la société en nom collectif ne contrevienne pas aux dispositions de la *Loi sur les banques*, cette participation devrait être considérée illégale pour des raisons d'ordre public, soit parce que «[a]valiser la participation de Leasing à la Société revient à avaliser l'accord conclu pour contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et éluder leurs sanctions» (par. 89). Essentiellement, le juge Bastarache assimile sa conclusion que la participation de Leasing à la société en nom collectif est «illégale» au regard de la doctrine de l'illégalité à la conclusion que cette participation est également «illégale» au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. À mon avis, cette assimilation n'est pas justifiée.

I will not repeat the historical foundations for the doctrine of illegality, which have been ably summarized by my colleague, Bastarache J. I simply note that the meaning of the term “illegal” within the context of the doctrine of illegality does not always mean “unlawful” in the traditional sense of being “contrary to, prohibited, or unauthorized by law” (*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990)). The need to exercise caution in the use of the term “illegal” in this area was underlined by C. Boyle and D. R. Percy, eds., in *Contracts: Cases and Commentaries* (5th ed. 1994), at p. 721:

A word of warning is necessary with respect to terminology. It will be evident already that the expressions “illegal” and “contrary to public policy” are used somewhat loosely and interchangeably. The approach of the British Columbia Law Reform Commission may be helpful. After recognizing that the word “illegal” is not always entirely appropriate, the Commission stated in its *Report on Illegal Transactions* (1983), at 2:

The term “illegal” is used as a convenient shorthand expression, signifying that the transaction so designated is one which a court will decline to enforce on the ground that it infringes some public policy, or the terms or object of an enactment. [Emphasis added.]

The fact that the court determines that a contract is void or unenforceable for public policy reasons under the doctrine of illegality does not render either the contract itself or the subject of the contract unlawful. As noted by G. H. Treitel in *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 399: “Such contracts are often called ‘illegal.’ It is sometimes said that they are only ‘void’ or ‘unenforceable’; but these statements only emphasise that no specific legal wrong is involved. So long as this point is borne in mind, no harm is done by using the traditional terminology in which these contracts are ‘illegal.’” (Emphasis added.)

It follows that a finding that Leasing’s participation in the partnership should be void or unenforceable for public policy reasons under the doc-

Je ne répéterai pas les fondements historiques de la doctrine de l’illégalité, qui ont été très bien résumés par mon collègue le juge Bastarache, je dirai simplement que, dans le contexte de la doctrine de l’illégalité, le mot anglais «*illegal*» («illégal») ne correspond pas toujours au sens traditionnel du mot anglais «*unlawful*», savoir: [TRADUCTION] «contraire au droit, prohibé ou non autorisé par celui-ci» (*Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990)). C. Boyle et D. R. Percy, dir., ont souligné la nécessité de faire montre de prudence dans l’utilisation du mot «*illegal*» dans ce domaine, dans *Contracts: Cases and Commentaries* (5^e éd. 1994), à la p. 721:

[TRADUCTION] Une mise en garde s’impose sur le plan terminologique. On n’a pas manqué de constater que les termes «*illegal*» et «*contrary to public policy*» [«contraire à l’ordre public»] sont utilisés l’un pour l’autre et de façon assez libre. Le point de vue de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique à cet égard peut être utile. Après avoir reconnu que le mot «*illegal*» n’est pas toujours tout à fait approprié, la Commission a déclaré ceci dans son *Report on Illegal Transactions* (1983), à [la p.] 2:

Le mot «*illegal*» est utilisé pour exprimer de façon concise et pratique que l’opération qualifiée de la sorte est une opération dont les tribunaux refuseront d’ordonner l’exécution pour le motif qu’elle enfreint l’ordre public ou encore les termes ou l’objet d’un texte de loi. [Je souligne.]

Le fait qu’un tribunal statue qu’un contrat est, en application de la doctrine de l’illégalité, nul ou inexécutable pour des raisons d’ordre public ne rend pas «*unlawful*» le contrat lui-même ou son objet. Comme l’a souligné G. H. Treitel dans *The Law of Contract* (9^e éd. 1995), à la p. 399: [TRADUCTION] «De tels contrats sont souvent qualifiés d’«*illegal*.» On dit parfois qu’ils ne sont que “nuls” ou “inexécutables”; mais ces affirmations ne font que souligner qu’aucun tort juridique particulier n’est en jeu. Tant qu’on n’oublie pas ce point, il n’y a aucun problème à utiliser la terminologie traditionnelle et à qualifier ces contrats d’«*illegal*.” (Je souligne.)

Il s’ensuit que la conclusion que, par application de la doctrine de l’illégalité, la participation de Leasing dans la société en nom collectif devrait

trine of illegality does not necessarily mean that its participation was illegal or unlawful in the traditional sense of either term. As a result, s. 34 of the *Partnerships Act* is not attracted.

118 This is sufficient to dispose of the argument that s. 34 of the Ontario *Partnerships Act* rendered the partnership between Leasing and its partners void. However, the question remains whether Leasing's participation in the partnership should be deemed unenforceable as a result of the application of public policy principles under the doctrine of illegality, quite apart from s. 34 of the *Partnerships Act*. In my opinion, this question must be determined in the negative. Contrary to my colleague, I find that public policy requires that breaches of the *Bank Act* should not lead to the invalidation of contracts and other transactions. There is a good reason for this; to unravel commercial transactions on the basis that a corporate actor breached a statute is to introduce uncertainty into the affairs of individuals and businesses. This is especially true where the transactions at issue involve a subsidiary of the corporate actor.

119 More importantly, s. 20(1) of the *Bank Act* clearly states that "[n]o act of a bank . . . is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act". Section 20(1) thus supports the view that Parliament never intended breaches of the *Bank Act* to render bank transactions, including investments in other corporations, like Leasing, null and void. This supports the argument that Parliament intended to create an offence punishable by fines, not to invalidate otherwise lawful transactions and that the doctrine of illegality should have no application in the case at bar.

120 I conclude that the partnership between Leasing, 693396 and CCMI was valid between December 24th and December 27th. It follows that the election under s. 97(2) of the *Income Tax Act* was also

être nulle ou inexécutable pour des raisons d'ordre public ne signifie pas nécessairement que sa participation était «*illegal*» ou «*unlawful*» au sens traditionnel de ces mots. Par conséquent, l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'entre pas en jeu.

Cela suffit pour écarter l'argument que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario a eu pour effet de frapper de nullité la société formée par Leasing et ses associés. Toutefois, il reste la question de savoir si la participation de Leasing à la société en nom collectif devrait être jugée inexécutable par suite de l'application de principes fondés sur l'ordre public, en vertu de la doctrine de l'illégalité, indépendamment de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse négative. Contrairement à mon collègue, je conclus que l'ordre public commande que les contraventions à la *Loi sur les Banques* n'entraînent pas l'invalidation de contrats et autres opérations. Il y a une bonne raison à cela. Défaire des opérations commerciales parce qu'une personne morale y participant a violé une loi introduirait de l'incertitude dans les affaires des particuliers et des entreprises. Cela est particulièrement vrai lorsque les opérations litigieuses mettent en jeu une filiale de la personne morale en cause.

Fait plus important encore, aux termes du par. 20(1) de la *Loi sur les banques*, «[l]es actes de la banque [. . .] ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi». Le paragraphe 20(1) étaye donc le point de vue selon lequel le législateur fédéral n'a jamais voulu que les violations de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité des opérations des banques, y compris leurs investissements dans d'autres personnes morales, telle Leasing. Cela étaye l'argument que le législateur fédéral entendait non pas invalider des opérations par ailleurs légales mais plutôt créer une infraction punissable par des amendes, et que la doctrine de l'illégalité ne s'applique pas en l'espèce.

Je conclus que la société en nom collectif formée par Leasing, 693396 et CCMI était valide entre les 24 et 27 décembre 1986. Il s'ensuit que le choix fait en vertu du par. 97(2) de la *Loi de l'im-*

valid. It is not necessary, for the purposes of this first appeal, to consider the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank. That transfer and the subsequent transfer of the Bank's partnership interest to 693396 and 693397 Ontario Ltd. are the subjects of the second appeal. I would allow this appeal with costs and refer the assessment back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Toronto.

Solicitors for the intervenor: McCarthy Tétrault, Toronto.

pôt sur le revenu était lui aussi valide. Il n'est pas nécessaire, pour les fins de ce premier pourvoi, d'examiner le transfert à la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif. Ce transfert et le transfert subséquent à 693396 et 693397 Ontario Ltd. de la participation de la Banque dans la société en nom collectif font l'objet du second pourvoi. Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi avec dépens et de renvoyer la cotisation au ministre du Revenu national pour réexamen et établissement d'une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante: McCarthy Tétrault, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Continental Bank of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CONTINENTAL BANK OF CANADA v. CANADA

File No.: 25521.

1998: January 26; 1998: September 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Taxable capital gains — Bank purporting to dispose of partnership interest — Whether gain from disposition of partnership interest capital gain or income gain — Whether Crown's alternative argument that Bank liable for recapture of capital cost allowance should be entertained.

In 1986, Continental Bank of Canada (the "Bank"), which had decided to wind up its affairs, invited offers for the purchase of the shares or assets of its wholly owned subsidiary, Continental Bank Leasing Corp. ("Leasing"). Central Capital Leasing ("Central"), which had concerns about the creditworthiness of several of the leases and certain contingent tax liabilities of Leasing, proposed a transaction whereby Leasing would form a partnership with several Central subsidiaries to carry on the same business as Leasing, transfer its assets other than the excluded leases to the partnership using an election under s. 97(2) of the *Income Tax Act*, a rollover provision, distribute its partnership interest to the Bank at its cost base as part of its winding-up, and then have the Bank sell its interest to Central or its subsidiaries. A master agreement was signed setting out the various steps to be executed by the parties. The partnership was formed on December 24, 1986; all partners, except Leasing, gave representations and warranties that they were and would remain duly registered and qualified to carry on the business of the partnership. On December 27, Leasing and the Bank signed an indenture providing for the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank. On December 29, 1986, the Bank sold the interest in the partnership to subsidiaries of Central. Leasing filed its income tax return for 1987 based on these transfers. The Minister of National Revenue reassessed Leas-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Banque Continentale du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANQUE CONTINENTALE DU CANADA c. CANADA

N^o du greffe: 25521.

1998: 26 janvier; 1998: 3 septembre.

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 — Gains en capital imposables — Banque prétendant avoir disposé de sa participation dans une société en nom collectif — Le gain tiré de cette disposition était-il un gain en capital ou un gain imposable en tant que revenu d'exploitation? — L'argument subsidiaire de la Couronne que la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement doit-il être retenu?

En 1986, après avoir décidé de liquider ses activités, la Banque Continentale du Canada (la «Banque») a sollicité des offres d'achat à l'égard des éléments d'actif ou des actions de sa filiale en propriété exclusive, Continental Bank Leasing Corp. («Leasing»). Central Capital Leasing («Central»), qui avait des inquiétudes au sujet de la solvabilité de plusieurs locataires et de certaines obligations fiscales éventuelles de Leasing, a proposé une opération par laquelle Leasing formerait, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes activités que Leasing, transférerait ses éléments d'actif à cette société — à l'exception des baux exclus — en effectuant le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, disposition permettant de faire un transfert libre d'impôt, attribuerait sa participation dans la société à la Banque au prix de base dans le cadre de sa liquidation, puis ferait en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales. Les parties ont signé un accord principal faisant état des différentes démarches qu'elles devaient effectuer. La société en nom collectif a été formée le 24 décembre 1986; dans le contrat de société, des déclarations et des garanties émanant de tous les associés, sauf Leasing, précisaient qu'ils étaient et demeureraient dûment inscrits et compétents pour exploiter l'entreprise de la société. Le 27 décembre, Leasing et la Banque ont signé un contrat transférant à la Banque la participation

ing on the basis that the partnership transaction was invalid and that the true nature of the transaction was a disposition by Leasing of its leasing assets to Central, making the s. 97(2) election invalid and giving rise to recaptured capital cost allowance in the hands of Leasing. As an alternative to the reassessment of Leasing, the Minister assessed the Bank on the basis that it realized an income gain as opposed to a capital gain from the disposition of the partnership interest it had acquired from Leasing. The Tax Court of Canada concluded that the Bank properly reported the proceeds from the sale of the partnership interest as a capital gain and was not required to include those proceeds on its income account. That decision was affirmed by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Assuming that the Bank transferred its partnership interest, the transfer should be construed as a capital transaction and not an adventure in the nature of trade. None of the circumstances indicate that the Bank's acquisition and subsequent disposition of Leasing's partnership interest was a speculative trading venture. The Minister's argument that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*, raised for the first time in this Court, cannot be entertained. The Minister should not be allowed to advance a new basis for a reassessment after the limitation period has expired.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: Because it was found in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* that the reassessment of Leasing should be maintained because Leasing did not roll its assets into a valid partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, the assessment on the Bank's disposition of the "partnership interest" does not arise. Given the finding

de Leasing dans la société. Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu sa participation dans la société à des filiales de Central. Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987 sur la base de ces transferts. Le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation à l'égard de Leasing sur le fondement que l'opération créant la société en nom collectif était invalide et qu'il s'agissait en réalité d'une disposition, par Leasing, de ses éléments d'actif de crédit-bail en faveur de Central, de sorte que le choix fait en application du par. 97(2) était invalide et qu'il y avait lieu de récupérer la déduction pour amortissement dans les mains de Leasing. En tant que mesure subsidiaire par rapport à la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing, le ministre a transmis à la Banque un avis de cotisation fondé sur le fait que cette dernière aurait réalisé un gain imposable au titre des revenus d'exploitation plutôt qu'un gain en capital lorsqu'elle a disposé de la participation dans la société en nom collectif qu'elle avait acquise de Leasing. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que la Banque avait à bon droit déclaré le produit de la vente de sa participation dans la société comme un gain en capital et qu'elle n'avait pas à l'inclure au titre des revenus d'exploitation. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: À supposer que la Banque ait transféré sa participation dans la société en nom collectif, le transfert devrait être considéré comme une opération en capital et non comme une opération commerciale. Rien dans les faits n'indique que l'acquisition et la disposition subséquente par la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif constituaient une opération commerciale spéculative. Ne peut être retenu l'argument du ministre — soulevé pour la première fois devant la Cour — que la Banque a vendu des éléments d'actif de crédit-bail amortissables ou encore que celle-ci était par ailleurs imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le ministre ne saurait être autorisé à avancer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache: Étant donné que, dans *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, il a été conclu que la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing doit être confirmée parce que cette dernière n'a pas effectué un transfert libre d'impôt de ses éléments d'actif en faveur d'une société valide aux termes du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il

that it was Leasing and not the Bank that sold the assets to Central, it is not necessary to determine whether the Bank would be liable for the recapture of capital cost allowance on the basis that it acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the *Income Tax Act*. Furthermore, the Minister may not now advance this new basis for reassessment since the limitation period has expired.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

By Bastarache J.

Referred to: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *The Queen v. McLeod*, 90 D.T.C. 6281; *British Columbia Telephone Co. v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 112; *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 9 [am. 1986, c. 6, s. 4], 13(1) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 48, s. 5], 88(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 52; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 48], 97(2), 152(3.1) [ad. 1990, c. 39, s. 38], (4) [rep. & sub. *idem*].

Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 199 N.R. 100, 96 D.T.C. 6355, [1996] F.C.J. No. 765 (QL), dismissing the Crown's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] T.C.J. No. 585 (QL), finding that the gain realized by the Bank on the disposition of a partnership interest was a capital gain. Appeal dismissed.

n'est pas nécessaire de statuer sur la cotisation établie à l'égard de la disposition, par la Banque, de sa «participation dans la société». Vu la conclusion selon laquelle c'est Leasing, et non la Banque, qui a vendu les éléments d'actif à Central, il n'est pas nécessaire de décider si la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement parce qu'elle a acquis les éléments d'actif de crédit-bail en tant que biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, le ministre n'est pas autorisé à invoquer ce nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *La Reine c. McLeod*, 90 D.T.C. 6281; *British Columbia Telephone Co. c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 112; *Ministre du Revenu national c. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 9 [mod. 1986, ch. 6, art. 4], 13(1) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 5], 88(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48], 97(2), 152(3.1) [aj. 1990, ch. 39, art. 38], (4) [abr. & rempl. *idem*].

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174.

Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1996), 199 N.R. 100, 96 D.T.C. 6355, [1996] A.C.F. n° 765 (QL), qui a rejeté l'appel formé par la Couronne contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] A.C.I. n° 585 (QL), qui a conclu que le gain réalisé par la Banque par suite de la disposition de sa participation dans une société en nom collectif était un gain en capital. Pourvoi rejeté.

S. Patricia Lee and Larry R. Olsson, Q.C., for the appellant.

S. Patricia Lee et Larry R. Olsson, c.r., pour l'appelante.

Kent E. Thomson and H. Lorne Morphy, for the respondent.

Kent E. Thomson et H. Lorne Morphy, pour l'intimée.

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

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

BASTARACHE J. — In light of my disposition of the appeal in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, released concurrently (“*Leasing Appeal*”), the issues in this appeal no longer arise. I will, however, comment on the validity of the Minister’s approach to the reassessment of Continental Bank of Canada (the “Bank”).

LE JUGE BASTARACHE — Compte tenu de ma décision dans l’affaire *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, motifs déposés en même temps que les présents motifs, («*affaire Leasing*»), les questions soulevées par le présent pourvoi ne se posent plus. Je vais cependant commenter la validité de la méthode retenue par le ministre pour établir la nouvelle cotisation à l’égard de la Banque Continentale du Canada (la «*Banque*»).

Factual Background

This case arises out of the facts as summarized in the *Leasing Appeal*. In addition to the facts set out in that appeal, the following additional facts are relevant. On October 12, 1989, as an alternative to the reassessment of Continental Bank Leasing Corporation (“*Leasing*”), the Minister assessed the Bank on the basis that the gain realized on the disposition of its alleged partnership interest was not a capital gain as the Bank had reported, but an income gain which is fully taxable. On this basis, the sum of \$83,052,657 was included in the computation of the Bank’s income from business under s. 9(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended (the “*Act*”).

Les faits

Le présent pourvoi découle des faits résumés dans l’affaire *Leasing*. Outre les faits exposés dans cette affaire, les faits suivants sont également pertinents. Le 12 octobre 1989, subsidiairement à l’établissement de la nouvelle cotisation à l’égard de Continental Bank Leasing Corporation («*Leasing*»), le ministre a transmis un avis de cotisation à la Banque sur le fondement que le bénéficiaire réalisé par celle-ci lors de la disposition de sa prétendue participation dans une société en nom collectif — ou société de personnes — n’était pas un gain en capital, contrairement à ce que la Banque avait déclaré, mais plutôt un gain à inscrire au titre des revenus d’exploitation et donc imposable en entier. Sur ce fondement, la somme de 83 052 657 \$ a été incluse dans le calcul du revenu de la Banque tiré d’une entreprise en vertu du par. 9(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications (la «*Loi*»).

Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are as follows:

Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended

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.

(2) Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

(3) In this Act, "income from a property" does not include any capital gain from the disposition of that property and "loss from a property" does not include any capital loss from the disposition of that property.

13. (1) Where, at the end of a taxation year, the aggregate of all amounts determined under subparagraphs (21)(f)(iii) to (viii) in respect of depreciable property of a particular prescribed class of a taxpayer exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs (21)(f)(i) to (ii.1) in respect of depreciable property of that class of the taxpayer, the excess shall be included in computing the income of the taxpayer for that taxation year.

88. (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "subsidiary") has been wound up after May 6, 1974 and not less than 90% of the issued shares of each class of the capital stock of the subsidiary were, immediately before the winding-up, owned by another taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "parent") and all of the shares of the subsidiary that were not owned by the parent immediately before the winding-up were owned at that time by persons with whom the parent was dealing at arm's length, notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

(a) . . . each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications

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.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

(3) Dans la présente loi, le revenu tiré d'un bien exclut tout gain en capital réalisé à la disposition de ce bien et la perte résultant d'un bien exclut toute perte en capital résultant de la disposition de ce bien.

13. (1) Lorsque à la fin d'une année d'imposition le total des sommes déterminées conformément aux sous-alinéas (21)f(iii) à (viii) en ce qui concerne des biens amortissables d'une catégorie prescrite appartenant à un contribuable est supérieur au total des sommes déterminées conformément aux sous-alinéas (21)f(i) à (ii.1) en ce qui concerne des biens amortissables de cette catégorie appartenant au contribuable, le contribuable doit inclure l'excédent dans le calcul de son revenu de ladite année d'imposition.

88. (1) Lorsqu'une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 et qu'au moins 90% des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartenaient, immédiatement avant la liquidation, à une autre corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «corporation mère») et que toutes les actions de la filiale qui n'appartenaient pas à la corporation mère immédiatement avant la liquidation appartenaient à cette date à des personnes avec lesquelles la corporation mère n'avait pas de lien de dépendance, les règles suivantes s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi,

a) . . . tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale pour un produit égal,

(iii) in the case of any other property, the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation, dans le cas de tout autre bien;

(f) where property that was depreciable property of a prescribed class of the subsidiary has been distributed to the parent on the winding-up and the capital cost to the subsidiary of the property exceeds the amount deemed by paragraph (a) to be the subsidiary's proceeds of disposition thereof, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a),

f) lorsqu'un bien, qui était un bien amortissable d'une catégorie prescrite de la filiale, a été attribué à la corporation mère lors de la liquidation, et que le coût en capital du bien, pour la filiale, dépasse le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a), le produit que la filiale a tiré de la disposition de ce bien, aux fins des articles 13 et 20 et de tous règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a),

(i) notwithstanding paragraph (c) the capital cost to the parent of the property shall be deemed to be the amount that was the capital cost thereof to the subsidiary, and

(i) nonobstant l'alinéa c), le coût en capital de ce bien, pour la corporation mère, est réputé être le coût en capital de ce bien, pour la filiale, et

(ii) the excess shall be deemed to have been allowed to the parent in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the parent of the property.

(ii) la corporation mère est réputée avoir été autorisée à déduire l'excédent relatif à ce bien, en vertu des règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a), lors du calcul du revenu pour les années d'imposition antérieures à l'acquisition du bien par la corporation mère.

Judicial History

Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135

In determining the Bank's appeal from Revenue Canada's reassessment, Bowman J.T.C.C. held that there was no basis upon which the Bank's gain realized on the disposition of its partnership interest to subsidiaries of Central should be taxed as income. After considering the evidence, he concluded that the partnership interest was a capital asset in the hands of Leasing and preserved that quality when it was transferred to the Bank on the winding-up of Leasing.

Bowman J.T.C.C. rejected the argument that during the period in which title to the partnership interest was held by the Bank, it ceased to be a capital asset and became trading stock. He noted that the circumstances in which the Bank acquired and then disposed of its partnership interest did not have the indicia of a speculative trading venture. Bowman J.T.C.C. concluded that the Bank prop-

L'historique des procédures

Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135

Dans sa décision sur l'appel formé par la Banque contre la nouvelle cotisation établie par Revenu Canada, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a conclu à l'absence de fondement justifiant d'imposer, en tant que revenu d'exploitation, le bénéfice réalisé par la Banque lors de la disposition de sa participation dans une société en nom collectif en faveur des filiales de Central. Après avoir examiné la preuve, il a conclu que cette participation constituait une immobilisation entre les mains de Leasing et qu'elle avait conservé ce caractère après son transfert à la Banque au moment de la liquidation de Leasing.

Le juge Bowman a rejeté l'argument selon lequel, pendant la période au cours de laquelle la Banque avait détenu le titre relatif à la participation dans la société en nom collectif, celle-ci avait cessé de constituer une immobilisation et était devenue un titre spéculatif. Il a souligné que les circonstances dans lesquelles la Banque avait acquis puis disposé de sa participation dans la

erly reported the proceeds from the sale of the partnership interest as a capital gain and was not required to include those proceeds on its income account.

Federal Court of Appeal (1996), 199 N.R. 100

6

Linden J.A. for the court dismissed the Crown's appeal and upheld Bowman J.T.C.C.'s decision with respect to the Bank. He noted that a court must consider the context in which transactions are performed when determining if an asset trade was an adventure in the nature of trade or a capital asset transaction. He held that a court should consider the intention of the parties, the nature and quantity of the asset purportedly traded, the isolation and uniqueness of the transaction and the similarity with ordinary trades. For the purposes of this judgment, Linden J.A. assumed that the Bank had sold a partnership interest. He noted that the sale had been part of a composite transaction designed to wind up Leasing and that at all times the Bank intended to realize a capital asset. He held that the context of the sale disclosed that the transaction had been capital in nature and not a speculative endeavour designed to make a profit. Therefore, he concluded, the sale had not been an adventure in the nature of trade and was taxable as a disposition of a capital asset subject to capital gains.

Issues

7

Because I have found in the *Leasing* Appeal that the reassessment of Leasing should be maintained because Leasing did not roll its assets into a valid partnership pursuant to s. 97(2) of the Act, the assessment on the Bank's disposition of the "partnership interest" does not arise. The appellant, however, set out an alternative argument for the

société ne comportaient pas les caractéristiques d'une opération spéculative. Le juge Bowman a conclu que la Banque avait à bon droit déclaré le produit de la vente de sa participation dans la société comme un gain en capital et qu'elle n'avait pas à l'inclure au titre des revenus d'exploitation.

Cour d'appel fédérale (1996), 199 N.R. 100

Le juge Linden, au nom de la cour, a rejeté l'appel formé par la Couronne et a confirmé la décision rendue à l'égard de la Banque par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt. Il a souligné que les tribunaux doivent prendre en considération le contexte dans lequel s'effectuent les opérations pour déterminer si une opération visant un bien constitue une opération commerciale ou une opération sur une immobilisation. Il a conclu que les tribunaux doivent tenir compte de l'intention des parties, de la nature et de la quantité du bien censé avoir fait l'objet de l'opération, de la question de savoir si l'opération s'apparente aux activités ordinaires de l'entreprise ou si elle a un caractère isolé et singulier par rapport à celles-ci. Pour les fins de sa décision, le juge Linden a supposé que la Banque avait vendu une participation dans une société en nom collectif. Il a indiqué que la vente était un élément d'une opération composite visant à liquider Leasing et que, tout au long de la période considérée, la Banque avait eu l'intention de réaliser l'actif immobilisé. Il a conclu que le contexte de la vente révélait qu'il s'agissait d'une opération en capital et non d'une opération spéculative faite dans le but de réaliser un bénéfice. Par conséquent, a-t-il conclu, la vente ne constituait pas une opération commerciale et son produit, réalisé par suite de la disposition d'une immobilisation, était imposable à titre de gain en capital.

Les questions en litige

Étant donné que, dans l'affaire *Leasing*, j'ai conclu que la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing doit être confirmée parce que cette dernière n'a pas effectué un transfert libre d'impôt de ses éléments d'actif en faveur d'une société valide aux termes du par. 97(2) de la Loi, je n'ai pas à statuer sur la cotisation établie à l'égard de la dis-

first time in this appeal that should be addressed. The appellant argued that if the Court held in the *Leasing* Appeal that it was the Bank and not Leasing that acted as the vendor when the assets were sold to Central Capital Corporation (“Central”), the reassessment of the Bank in this appeal should be restored on the basis that having acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the Act, the Bank is taxable on the recapture of capital cost allowance under s. 13(1) of the Act in the amount of \$83,052,657. The issue that arises out of this argument is whether the Crown is permitted to substitute its original reassessment of the Bank for an assessment on a different basis that amounts to the same amount of income.

Analysis

Given the finding in the *Leasing* Appeal that it was Leasing and not the Bank that sold the assets to Central, it is not necessary to determine whether the Bank would be liable for the recapture of capital cost allowance on the basis that it acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the Act. However, even if it was found that the Bank was the vendor of those assets and liable for the recapture, the appellant could not succeed in upholding its reassessment of the Bank in this appeal.

The only basis given in the Notice of Reassessment that Revenue Canada issued to the Bank for the 1987 taxation year was that the amount in question was alleged to constitute a “trading gain on sale of Central Capital Leasing’s partnership interest”. Revenue Canada did not reassess the Bank on any other basis including that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pur-

position par la Banque de sa «participation dans la société». Cependant, dans le présent pourvoi, l’appelante a avancé pour la première fois un autre argument qui doit être examiné. Elle a plaidé que, si la Cour statue, dans l’affaire *Leasing*, que c’est la Banque et non Leasing qui a agi à titre de vendeur lors de la vente des éléments d’actif à Central Capital Corporation («Central»), la nouvelle cotisation établie à l’égard de la Banque et visée dans le présent pourvoi devrait être rétablie au motif que, comme la Banque a acquis les éléments d’actifs de crédit-bail à titre de biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la Loi, la déduction pour amortissement de 83 052 657 \$ récupérée par la Banque est imposable en vertu du par. 13(1) de la Loi. Cet argument soulève la question de savoir s’il est permis à la Couronne de substituer la nouvelle cotisation initialement établie à l’égard de la Banque à une cotisation établie sur une base différente mais aboutissant au même revenu.

L’analyse

Vu la conclusion tirée dans l’affaire *Leasing* selon laquelle c’est Leasing, et non la Banque, qui a vendu les éléments d’actif à Central, il n’est pas nécessaire de décider si la Banque est imposable à l’égard de la récupération de la déduction pour amortissement parce qu’elle a acquis les éléments d’actif de crédit-bail en tant que biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la Loi. Cependant, même s’il était jugé que la Banque était le vendeur de ces éléments d’actifs et imposable à l’égard de la récupération, l’appelante ne pourrait pas avoir gain de cause dans le présent pourvoi quant au maintien de la nouvelle cotisation qu’elle a établie à l’égard de la Banque.

La seule explication fournie par Revenu Canada dans l’avis de nouvelle cotisation envoyé à la Banque pour l’année d’imposition 1987 était que le montant en question était, affirmait-on, un [TRA-DUCTION] «gain spéculatif réalisé sur la vente de la participation dans la société Central Capital Leasing». Revenu Canada n’a pas fondé la nouvelle cotisation sur quelque autre base ni sur le fait que la Banque avait vendu des éléments d’actifs de crédit-bail amortissables ou que celle-ci était par ailleurs imposable à l’égard de la récupération de la

suant to s. 88(1) of the Act, as the appellant now alleges for the first time in this Court.

déduction pour amortissement conformément au par. 88(1) de la Loi, comme l'affirme pour la première fois l'appelante devant notre Cour.

10 The applicable limitation period under the Act for assessing a taxpayer is four years from the date of issuance of Revenue Canada's Notice of Reassessment (ss. 152(3.1) and 152(4) of the Act). As a result, the latest that the Minister could have reassessed the Bank for the recapture of cost allowance was October 12, 1993. The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired. The proper approach was expressed in *The Queen v. McLeod*, 90 D.T.C. 6281 (F.C.T.D.), at p. 6286. In that case, the court rejected the Crown's motion for leave to amend its pleadings to include a new statutory basis for Revenue Canada's assessment. The court refused leave on the basis that the Crown's attempt to plead a new section of the Act was, in effect, an attempt to change the basis of the assessment appealed from, and "tantamount to allowing the Minister to appeal his own assessment, a notion which has specifically been rejected by the courts". Similarly, the Federal Court of Appeal has described such attempts by the Crown as "a belated attempt to put the appellant's case on a new footing" (*British Columbia Telephone Co. v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 112, at p. 116).

Le délai prévu par la Loi pour établir une cotisation à l'égard d'un contribuable est de quatre ans à compter de la délivrance par Revenu Canada d'un avis de nouvelle cotisation (par. 152(3.1) et 152(4) de la Loi). Par conséquent, le ministre avait jusqu'au 12 octobre 1993 pour envoyer à la Banque une nouvelle cotisation à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. La Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin. La bonne façon d'aborder cette question a été énoncée dans la décision *La Reine c. McLeod*, 90 D.T.C. 6281 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 6286. Dans cette affaire, la cour a rejeté la requête de la Couronne, qui sollicitait l'autorisation de modifier ses actes de procédure pour fonder sur une nouvelle base dans la Loi la cotisation établie par Revenu Canada. La cour a refusé l'autorisation pour le motif que le désir de la Couronne d'invoquer un nouvel article de la Loi était, en fait, une tentative en vue de changer le fondement de la cotisation faisant l'objet de l'appel, ce qui «reviendrait à permettre au ministre d'en appeler de sa propre cotisation, notion qui a été expressément rejetée par les tribunaux». De même, la Cour d'appel fédérale a qualifié de telles tentatives de la part de la Couronne de «tentative[s] tardive[s] de donner un nouveau fondement à la cause de l'appelante» (*British Columbia Telephone Co. c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 112, à la p. 116).

11 It was open to the appellant to assess the respondent on the basis that it was liable for the recapture of cost allowance when it issued its Notice of Reassessment on October 12, 1989 or anytime prior to the expiration of the limitation period for reassessment. The appellant did not choose to do so and cannot now be permitted to change its assessment eleven years later. The appellant argued that the liability of the respondent for the assessment pursuant to s. 13(1) is an alternative reason for its previous assessment, not a new assessment or reassessment. According to the

L'appelante aurait pu — soit lorsqu'elle a délivré à l'intimée l'avis de nouvelle cotisation le 12 octobre 1989, soit à tout autre moment avant l'expiration du délai dont elle disposait pour établir une nouvelle cotisation — établir une cotisation sur la base que l'intimée était imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. L'appelante a toutefois choisi de ne pas le faire et elle ne peut être autorisée, onze ans plus tard, à modifier la cotisation. L'appelante a soutenu que l'obligation de l'intimée à l'égard de la cotisation fondée sur le par. 13(1) est un motif sub-

appellant, because the liability for recapture under s. 13(1) would arise solely as a consequence of a finding that Leasing, in the *Leasing Appeal*, was not the vendor of the assets in the sale to Central, a reassessment on this basis is merely a legal conclusion flowing from the proper application of the statute.

To accept this characterization by the appellant would, in effect, create a situation where the Crown is permitted to raise new arguments simply because other arguments failed in the courts below. Unlike the Minister in *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157 (F.C.A.), the Minister in the present case has never sought to amend, correct or reissue the reassessment of the Bank to include a claim for recapture under s. 88(1)(f) of the Act. Moreover, the appellant's characterization of the argument as an alternative one ignores the fact that Leasing and the Bank are two separate taxpayers. What the Minister is seeking to do is to substitute an assessment of one taxpayer for the assessment of another taxpayer because the first assessment did not succeed.

Taxpayers must know the basis upon which they are being assessed so that they may advance the proper evidence to challenge that assessment. Here, it is not clear that there is the proper factual basis to support a reassessment on the basis proposed by the appellant. For example, the value of the goodwill associated with the Bank's leasing business, which was transferred to Central in December 1986, could bear on the appellant's new claim for recapture by the Bank. It is not possible to measure the extent to which the Bank might otherwise be liable for recapture, or the Bank's income for tax purposes, without being able to properly allocate the purchase price paid by Central between goodwill and leasing assets. Because the Bank was not assessed on the recapture, the

subsidaire justifiant la cotisation précédente, et non une nouvelle cotisation. Selon l'appelante, puisque l'obligation relative à la récupération fondée sur le par. 13(1) ne peut être imposée que s'il est jugé, dans l'affaire *Leasing*, que Leasing n'était pas le vendeur des éléments d'actif vendus à Central, l'établissement d'une nouvelle cotisation sur cette base est simplement une conclusion de droit découlant de l'application correcte de la Loi.

Accepter cette qualification faite par l'appelante aboutirait, dans les faits, à une situation où la Couronne serait autorisée à avancer de nouveaux arguments simplement parce que ceux qu'elle a présentés aux juridictions inférieures n'ont pas été retenus. Contrairement à ce qu'avait fait le ministre dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157 (C.A.F.), le ministre n'a jamais voulu, en l'espèce, modifier, corriger ou redélivrer la nouvelle cotisation établie à l'égard de la Banque pour y inclure une obligation relative à la récupération de l'amortissement en vertu de l'al. 88(1)(f) de la Loi. En outre, en affirmant qu'il s'agit d'un argument subsidiaire, l'appelante ne tient pas compte du fait que Leasing et la Banque sont deux contribuables distincts. Ce que le ministre cherche à faire, c'est substituer une cotisation établie à l'égard d'un contribuable donné à une cotisation établie à l'égard d'un autre contribuable, parce que la première cotisation n'a pas porté fruit.

Les contribuables doivent savoir sur quelle base repose la cotisation qui leur est transmise afin de pouvoir présenter les éléments de preuve appropriés pour la contester. En l'espèce, il n'est pas évident que les faits étayaient l'établissement d'une nouvelle cotisation sur la base invoquée par l'appelante. Par exemple, la valeur du fonds commercial rattaché à l'entreprise de location de la Banque, qui a été transféré à Central en décembre 1986, pourrait avoir une incidence sur la nouvelle demande de l'appelante fondée sur la récupération de l'amortissement par la Banque. Il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure la Banque pourrait par ailleurs être imposable à l'égard de la récupération de l'amortissement, ni de fixer son revenu aux fins de l'impôt, à moins de pouvoir

12

13

evidence relating to the allocation of the purchase price was not adduced at trial. To allow the appellant to proceed with its new assessment without the benefit of findings of fact made at trial would require this Court to become a court of first instance with regard to the new claim.

- 14 As I stated above, it was not necessary, because of the disposition of the *Leasing* Appeal, to deal with the issues raised in this case. I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

- 15 MCLACHLIN J. — This second appeal arises out of the Minister of National Revenue's alternative assessment of the Continental Bank of Canada (the "Bank"). As an alternative to the reassessment of the Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing"), the Minister assessed the Bank on the basis that it realized an income gain as opposed to a capital gain from the disposition of the partnership interest it had acquired from Leasing. The trial judge found, and the Federal Court of Appeal agreed, that the disposition of the partnership interest could not be characterized as an adventure in the nature of trade and that the Bank therefore properly reported the proceeds of the disposition of the partnership interest as a capital gain.

- 16 Assuming that the Bank transferred its partnership interest to 693396 Ontario Limited ("693396") and 693397 Ontario Limited ("693397"), I agree with Bastarache J. that the transfer should be construed as a capital transaction and not an adventure in the nature of trade,

répartir correctement le prix d'acquisition payé par Central entre le fonds commercial d'une part et les éléments d'actif de crédit-bail d'autre part. Parce que la Banque n'a pas été imposée à l'égard de la récupération de l'amortissement, la preuve relative à la répartition du prix d'acquisition n'a pas été présentée en première instance. Pour pouvoir permettre à l'appelante d'établir une nouvelle cotisation en l'absence de conclusions de fait tirées en première instance, notre Cour devrait se transformer en tribunal de première instance à l'égard de la nouvelle demande.

Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'était pas nécessaire, vu la décision rendue dans l'affaire *Leasing*, d'aborder les questions soulevées dans le présent pourvoi. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Ce second pourvoi découle de la cotisation subsidiaire établie par le ministre du Revenu national à l'égard de la Banque continentale du Canada (la «Banque»). En tant que mesure subsidiaire par rapport à la nouvelle cotisation établie à l'égard de Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»), le ministre a transmis à la Banque un avis de cotisation fondé sur le fait que cette dernière aurait réalisé un gain imposable au titre des revenus d'exploitation plutôt qu'un gain en capital lorsqu'elle a disposé de la participation dans la société en nom collectif qu'elle avait acquise de Leasing. Le juge de première instance a conclu — conclusion à laquelle a souscrit la Cour d'appel fédérale — que la vente de la participation dans la société en nom collectif ne pouvait être qualifiée d'opération commerciale et que la Banque avait à juste titre déclaré le produit de cette vente en tant que gain en capital.

À supposer que la Banque ait transféré sa participation dans la société en nom collectif à 693396 Ontario Limited («693396») et 693397 Ontario Limited («693397»), je conviens avec le juge Bastarache que le transfert devrait être considéré comme une opération en capital et non comme une

making the alternative assessment untenable. None of the circumstances indicate that the Bank's acquisition and subsequent disposition of Leasing's partnership interest was a speculative trading venture. I would simply add that this disposition of the appeal is not dependent on the conclusion that the Bank disposed of a partnership interest *per se*. This is important to note because it may be argued that by December 29, 1986 the Bank was no longer a member of the partnership and thus could not transfer a valid partnership interest.

The argument focuses on two events. The first event occurred on December 27, 1986 when Leasing was wound up and transferred its partnership interest to the Bank. At this point, the Bank ceased to be merely an investor in the partnership; it became a partner. It was arguably not lawful for it to be a partner: s. 174 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1. Thus, the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank may be viewed as "an event" that rendered it unlawful for the members of the partnership to continue to conduct their business as partners. If so, the partnership was dissolved: s. 34 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370. The dissolved partnership may then have been reconstituted as a new partnership between the remaining eligible partners: *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.), at p. 368 (*per* Bridge L.J.).

The next event occurred on December 29, 1986 when the Bank transferred its interest in the partnership to 693396 and 693397. The Minister cannot argue that the Bank could not transfer its partnership interest at this stage. The Minister must accept that this transfer took place because his assessment of the Bank was based on the assumption that the Bank disposed of its partnership interest. I agree with Bastarache J. that the Minister's

opération commerciale, ce qui rend la cotisation subsidiaire intenable. Rien dans les faits n'indique que l'acquisition et la disposition subséquente par la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif était une opération commerciale spéculative. J'ajouterais simplement que cette façon de trancher le pourvoi ne dépend pas de la conclusion que la Banque a disposé de la participation dans la société en nom collectif en soi. Il est important de souligner ce fait parce qu'il est possible de prétendre que, le 29 décembre 1986, la Banque ne faisait plus partie de la société en nom collectif et ne pouvait donc pas transférer une participation valide.

Cet argument tient compte de deux événements en particulier. Le premier est survenu le 27 décembre 1986, lorsque Leasing a été liquidée et a transféré à la Banque sa participation dans la société en nom collectif. À ce moment-là, la Banque a cessé d'être simplement un investisseur dans la société en nom collectif; elle est devenue un associé de celle-ci. Il est possible d'affirmer qu'il était illégal pour la Banque d'être un associé: art. 174 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1. En conséquence, le transfert à la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif peut être considéré comme «un événement» ayant rendu illégal le fait pour les membres de la société en nom collectif de poursuivre l'exploitation de leur entreprise en tant qu'associés. Si c'est le cas, la société en nom collectif a été dissoute: art. 34 de la *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, ch. 370. Il est possible que la société dissoute ait été reconstituée en tant que nouvelle société en nom collectif formée des associés restants admissibles: *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.), à la p. 368 (le lord juge Bridge).

L'autre événement s'est produit le 29 décembre 1986, lorsque la Banque a transféré à 693396 et 693397 sa participation dans la société en nom collectif. Le ministre ne peut prétendre que la Banque ne pouvait pas transférer sa participation à cette étape. Il doit reconnaître que le transfert a eu lieu parce que la cotisation qu'il a établie à l'égard de la Banque reposait sur l'hypothèse que cette dernière avait disposé de sa participation dans la

17

18

argument that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, raised for the first time in this Court, cannot be entertained. The Minister should not be allowed to advance a new basis for a reassessment after the limitation period has expired.

19

On the basis that the Bank disposed of its interest in the partnership, the Bank properly reported the proceeds of the disposition of its partnership interest as a capital gain. I would therefore dismiss this second appeal with costs. All of the assessments are referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: George Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondent: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

société en nom collectif. Je suis d'accord avec le juge Bastarache pour dire que ne peut être retenu l'argument du ministre — soulevé pour la première fois devant notre Cour — que la Banque a vendu des éléments d'actif de crédit-bail amortissables ou encore que celle-ci était par ailleurs imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications. Le ministre ne saurait être autorisé à avancer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

Sur le fondement qu'elle avait disposé de sa participation dans la société en nom collectif, la Banque a à juste titre déclaré le produit de cette disposition en tant que gain en capital. Je rejette donc le second pourvoi avec dépens. Toutes les cotisations sont renvoyées au ministre du Revenu national pour réexamen et établissement d'une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: George Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Henry Gerard Cuerrier *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CUERRIER

File No.: 25738.

1998: March 27; 1998: September 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether non-disclosure of HIV status can constitute fraud vitiating partner's consent to sexual intercourse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268.

The accused was charged with two counts of aggravated assault pursuant to s. 268 of the *Criminal Code*. Even though he had been explicitly instructed, by a public health nurse, to inform all prospective sexual partners that he was HIV-positive and to use condoms every time he engaged in sexual intercourse, the accused had unprotected sexual relations with the two complainants without informing them he was HIV-positive. Both complainants had consented to unprotected sexual intercourse with the accused, but they testified at trial that if they had known that he was HIV-positive they would never have engaged in unprotected intercourse with him. At the time of trial, neither complainant had tested positive for the virus. The trial judge entered a directed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Henry Gerard Cuerrier *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, la Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CUERRIER

N° du greffe: 25738.

1998: 27 mars; 1998: 3 septembre.

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

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

Droit criminel — Voies de fait graves — Consentement — Fraude — Non-divulgence de séropositivité — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés tout en sachant qu'il était séropositif — La non-divulgence de la séropositivité peut-elle constituer une fraude viciant le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3)c), 268.

L'accusé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves portés en vertu de l'art. 268 du *Code criminel*. Même si une infirmière hygiéniste lui avait explicitement conseillé d'informer de sa séropositivité tous ses partenaires sexuels éventuels et d'utiliser des condoms chaque fois qu'il aurait des rapports sexuels, l'accusé a eu des rapports sexuels non protégés avec les deux plaignantes sans les informer qu'il était séropositif. Les deux plaignantes avaient consenti à des rapports sexuels non protégés avec l'accusé, mais elles ont témoigné au procès que, si elles avaient su qu'il était séropositif, elles n'auraient jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui. Au moment du procès, aucune des plaignantes n'était séropositive selon les

verdict acquitting the accused. The Court of Appeal upheld the acquittals.

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

Per Cory, Major, Bastarache and Binnie JJ.: To prove the offence of aggravated assault, the Crown must establish (1) that the accused's acts "endanger[ed] the life of the complainant" (s. 268(1)) and (2) that he intentionally applied force without the consent of the complainant (s. 265(1)(a)). The first requirement is satisfied in this case by the significant risk to the lives of the complainants occasioned by the act of unprotected intercourse. It is unnecessary to establish that the complainants were in fact infected with the virus. With respect to the second requirement, it is no longer necessary, when examining whether consent in assault or sexual assault cases was vitiated by fraud under s. 265(3)(c), to consider whether the fraud is related to "the nature and quality of the act". The repeal in 1983 of statutory language imposing this requirement and its replacement by a reference simply to "fraud" indicates that Parliament's intention was to provide a more flexible concept of fraud in assault and sexual assault cases. To that end, principles which have historically been applied in relation to fraud in criminal law can be used with appropriate modifications.

In the context of the wording of s. 265, an accused's failure to disclose that he is HIV-positive is a type of fraud which may vitiate consent to sexual intercourse. The essential elements of fraud in commercial criminal law are dishonesty, which can include non-disclosure of important facts, and deprivation or risk of deprivation. The dishonest action or behaviour must be related to the obtaining of consent to engage in sexual intercourse — in this case unprotected intercourse. The accused's actions must be assessed objectively to determine whether a reasonable person would find them to be dishonest. The dishonest act consists of either deliberate deceit respecting HIV status or non-disclosure of that status. Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather, it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences and, in those circum-

tests qu'elles avaient subis. Le juge du procès a inscrit un verdict imposé d'acquiescement de l'accusé. La Cour d'appel a confirmé les acquiescements.

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

Les juges Cory, Major, Bastarache et Binnie: Pour prouver l'existence d'une infraction de voies de fait graves, le ministère public doit établir (1) que les actes de l'accusé ont mis en danger la vie du plaignant (par. 268(1)), et (2) que l'accusé a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre le plaignant sans son consentement (al. 265(1)a)). En l'espèce, le risque important auquel les rapports sexuels non protégés ont exposé la vie des plaignants satisfait à la première condition. Il n'est pas nécessaire d'établir que les plaignants ont effectivement été infectés par le virus. Quant à la deuxième condition, pour déterminer si le consentement a été vicié par une fraude au sens de l'al. 265(3)c), dans des affaires de voies de fait ou d'agression sexuelle, il n'est plus nécessaire de se demander si la fraude était liée à «la nature et [au] caractère de l'acte». L'abrogation, en 1983, du texte législatif qui imposait cette condition et son remplacement par la mention de la «fraude» sans plus indiquent l'intention du législateur de prévoir une notion plus souple de la fraude dans les cas de voies de fait et d'agression sexuelle. À cette fin, on peut utiliser les principes qui, dans le passé, ont été appliqués relativement à la fraude en droit criminel, après leur avoir apporté les modifications appropriées.

Selon la formulation de l'art. 265, l'omission par un accusé de divulguer sa séropositivité est un type de fraude qui peut vicier le consentement à des rapports sexuels. Les éléments essentiels de la fraude en droit pénal commercial sont la malhonnêteté, qui peut comprendre la dissimulation de faits importants, et la privation ou le risque de privation. L'acte ou le comportement malhonnête doit avoir trait à l'obtention du consentement aux rapports sexuels, en l'occurrence des rapports non protégés. Les actes de l'accusé doivent être appréciés objectivement afin d'établir s'ils seraient considérés comme malhonnêtes par une personne raisonnable. L'acte malhonnête est soit une supercherie délibérée concernant la séropositivité, soit la non-divulgation de cet état de santé. Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. L'omission de divul-

stances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented. To establish that the dishonesty results in deprivation, which may consist of actual harm or simply a risk of harm, the Crown needs to prove that the dishonest act had the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm. The risk of contracting AIDS as a result of engaging in unprotected intercourse meets that test. Further, in situations such as this, the Crown is still required to prove beyond a reasonable doubt that the complainant would have refused to engage in unprotected sex with the accused if she had been advised that he was HIV-positive. Therefore, a complainant's consent to sexual intercourse can properly be found to be vitiated by fraud under s. 265 if the accused's failure to disclose his HIV-positive status is dishonest and results in deprivation by putting the complainant at a significant risk of suffering serious bodily harm.

An approach to the concept of fraud in s. 265(3)(c) of the *Code* that includes any deceit inducing consent to contact would bring within the sexual assault provisions of the *Code* behaviour which lacks the reprehensible character of criminal acts and would trivialize the criminal process by leading to a proliferation of petty prosecutions instituted without judicial guidelines or directions. Some limitations to the concept of fraud in that section are necessary. The fraud required to vitiate consent for sexual assault must carry with it the risk of serious harm. This standard is sufficient to encompass not only the risk of HIV infection but also other sexually transmitted diseases which constitute a significant risk of serious harm. However, the standard is not so broad as to trivialize a serious offence.

Where public health endeavours fail to provide adequate protection to individuals like the complainants, the criminal law can be effective. The criminal law has a role to play both in deterring those infected with HIV from putting the lives of others at risk and in protecting the public from irresponsible individuals who refuse to comply with public health orders to abstain from high-risk activities.

guer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles et, dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence. Pour établir que la malhonnêteté entraîne une privation sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice, le ministère public doit prouver que l'acte malhonnête a eu pour effet d'exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisfait à ce critère. En outre, dans des cas comme la présente affaire, le ministère public est toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Par conséquent, on peut, à juste titre, conclure que le consentement d'une plaignante à des rapports sexuels est vicié par une fraude au sens de l'art. 265, si l'omission de l'accusé de divulguer sa séropositivité est malhonnête et entraîne une privation en exposant la plaignante à un risque important de lésions corporelles graves.

Interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code* comme incluant toute supercherie incitant à consentir à un contact aurait pour effet d'assujettir aux dispositions du *Code* relatives à l'agression sexuelle un comportement qui n'a pas le caractère répréhensible d'un acte criminel, et de banaliser le processus criminel en entraînant une prolifération de poursuites mineures engagées sans lignes directrices ni directives judiciaires. Il est nécessaire d'apporter certaines restrictions à la notion de fraude applicable à cet article. La fraude requise pour vicier le consentement relativement à une agression sexuelle doit comporter un risque de préjudice grave. Cette norme est suffisante pour viser non seulement le risque d'infection par le VIH, mais aussi celui de contracter d'autres maladies transmissibles sexuellement qui constituent un risque important de préjudice grave. Cependant, elle n'est pas large au point de banaliser une infraction grave.

Lorsque les efforts en matière de santé publique ne permettent pas d'assurer une protection adéquate à des personnes comme les plaignantes, le droit criminel peut être efficace. Le droit criminel a un rôle à jouer à la fois pour dissuader les personnes infectées par le VIH de mettre en danger la vie d'autrui et pour protéger le public contre les individus irresponsables qui refusent de se conformer aux ordonnances en matière de santé publique leur enjoignant d'éviter les activités à risques élevés.

Per L'Heureux-Dubé J.: Parliament's intention in passing the 1983 amendments to the *Criminal Code* concerning sexual offences was both to include them within the general scheme of assault, and to modernize and sensitize the law's approach to them. These factors, as well as the specific redrafting of the consent provision support the conclusion that the intention of these amendments was to move away from the traditional approach to fraud as it relates to consent in sexual assault cases. The objectives of the 1983 assault scheme are to protect people's physical integrity from unwanted physical contact, and to protect people's personal autonomy to decide under what conditions they will consent to be touched. Section 265(3) ensures that when consent is obtained, that consent is a true reflection of a person's autonomous will.

Fraud occurs therefore, when the dishonest act in question induced another to consent to the ensuing physical act, whether or not that act was particularly risky and dangerous. The focus of the inquiry into whether fraud vitiated consent so as to make certain physical contact non-consensual should be on whether the nature and execution of the deceit deprived the complainant of the ability to exercise his or her will in relation to his or her physical integrity with respect to the activity in question. There must be a causal connection between the fraud and the submission to the act. Where fraud is in issue, the impugned act is considered a non-consensual application of force if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce the complainant to submit to a specific activity, and that absent the dishonesty, the complainant would not have submitted to the particular activity. The dishonesty of the submission-inducing act would be assessed based on the objective standard of the reasonable person. The Crown must also prove that the accused knew, or was aware, that his or her dishonest actions would induce the complainant to submit to the particular activity.

This interpretation of fraud as it relates to consent has the effect of maximizing the individual's right to determine with whom, and under what conditions, he or she will consent to physical contact with another. This approach is also respectful of the legislative context because it can be applied with equal consistency to all of the assault offences to which the fraud provision relates. An interpretation of fraud that focuses only on the sexual assault context, and which limits it to those situations where a "significant risk of serious bodily harm" is evident, is unjustifiably restrictive. The *Criminal Code*

Le juge L'Heureux-Dubé: En adoptant, en 1983, les modifications du *Code criminel* relatives aux infractions d'ordre sexuel, le législateur a voulu à la fois inclure ces infractions dans le régime général des voies de fait, et moderniser et adapter aux circonstances la façon dont le droit les aborde. Ces facteurs, de même que la nouvelle rédaction, en particulier, de la disposition relative au consentement, étayent la conclusion que le législateur a voulu, par ces modifications, s'écarter de la façon traditionnelle d'aborder la fraude liée au consentement en matière d'agression sexuelle. Le régime des voies de fait établi en 1983 vise à protéger l'intégrité physique des gens contre les contacts physiques non souhaités, ainsi que leur autonomie personnelle de décider à quelles conditions ils consentiront à être touchés. Le paragraphe 265(3) assure que le consentement obtenu reflète vraiment le libre arbitre de la personne en cause.

Il y a donc fraude si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique, peu importe que cet acte ait comporté ou non des risques ou des dangers particuliers. L'examen visant à déterminer si la fraude a vicié le consentement de manière à rendre non consensuel un certain contact physique devrait être axé sur la question de savoir si la nature et l'exécution de la supercherie ont privé le plaignant de la capacité d'exercer sa volonté relativement à son intégrité physique en ce qui concerne l'activité en question. Il doit y avoir un lien de causalité entre la fraude et la soumission à l'acte. Dans tout débat relatif à la fraude, l'acte reproché est considéré comme étant un emploi non consensuel de la force si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter le plaignant à se soumettre à une activité précise, et qu'en l'absence de malhonnêteté le plaignant ne se serait pas soumis à l'activité en cause. La malhonnêteté de l'acte qui incite à la soumission serait évaluée en fonction de la norme objective de la personne raisonnable. Le ministère public est aussi tenu de prouver que l'accusé savait ou était conscient que ses actes malhonnêtes inciteraient le plaignant à se soumettre à l'activité en cause.

Cette interprétation de la fraude relative au consentement a pour effet de maximiser le droit d'un individu de déterminer à quelles conditions il consentira à un contact physique et avec qui ce contact aura lieu. Ce point de vue respecte également le contexte législatif parce qu'il peut s'appliquer avec la même logique à toutes les infractions de voies de fait visées par la disposition relative à la fraude. Une interprétation de la fraude qui se concentre exclusivement sur le contexte de l'agression sexuelle et qui la confine aux seules situations où il existe manifestement un «risque important de lésions

contains no such differences between sexual assault and other assaults, and to maintain such distinctions would be contrary to the intention of the 1983 amendments.

Per Gonthier and McLachlin JJ.: Since the 1888 decision in *Clarence*, the law has been settled: fraud does not vitiate consent to assault unless the mistake goes to the nature of the act or the identity of the partner. Fraud as to collateral aspects of a consensual encounter, like the possibility of contracting serious venereal disease, does not vitiate consent. In amending the *Criminal Code* in 1983 and adopting a new definition of fraud for assault, including sexual assault, Parliament did not intend to remove the common law limitations. An intent to broaden the crime of assault radically cannot be inferred from Parliament's removal of the words "nature and quality of the act". Rather, Parliament must be supposed to have expected that the courts would continue to read the *Code* provisions on sexual assault against the background of the common law, unless it used language clearly indicating that it was altering the common law. There is nothing in s. 265 to indicate such an intention. This conclusion is supported by s. 45(2) of the *Interpretation Act*, which provides that an amending enactment shall not be deemed to involve a declaration of a change in the existing law. It is also supported by the rule of construction that where, as here, a criminal statute is ambiguous, the interpretation that favours the accused is preferred. As well, the jurisprudence, without exception, supports the view that Parliament intended to retain the common law definition of fraud for assault. Section 265(3) must, therefore, continue to be read in light of the common law.

It is an established rule that courts will effect changes to the common law only where those changes are incremental developments of existing principle and where the consequences of the change are contained and predictable. Here, the broad changes proposed to the common law concept of fraud for assault do not fall within this test. Both the application of the commercial concept of fraud, limited by an *ad hoc* qualifier that there must be a "significant risk of serious bodily harm", and the application of an unqualified view of fraud which includes any deceit inducing consent to contact amount to aban-

corporelles graves» est restrictive de façon injustifiable. Le *Code criminel* n'établit aucune distinction de ce genre entre l'agression sexuelle et les autres formes de voies de fait, et le maintien de pareilles distinctions serait contraire au but des modifications de 1983.

Les juges Gonthier et McLachlin: Depuis la décision *Clarence*, en 1888, il est bien établi, en droit, que la fraude ne vicie le consentement à des voies de fait que si l'erreur porte sur la nature de l'acte ou sur l'identité du partenaire. La fraude relative à des aspects secondaires de relations consensuelles, comme la possibilité de contracter de graves maladies vénériennes, ne vicie pas le consentement. En modifiant le *Code criminel* en 1983 et en adoptant une nouvelle définition de la fraude applicable aux voies de fait, y compris l'agression sexuelle, le législateur n'a pas voulu supprimer les limites de la common law. La suppression par le législateur des mots «la nature et le caractère de l'acte» ne permet pas de déduire l'existence d'une intention d'élargir radicalement le crime des voies de fait. Il faut plutôt supposer que le législateur s'attendait que les tribunaux continueraient d'interpréter les dispositions du *Code* concernant l'agression sexuelle en fonction de la common law, à moins qu'il n'ait utilisé des mots indiquant clairement qu'il modifiait la common law. Rien dans l'art. 265 n'indique pareille intention. Cette conclusion est étayée par le par. 45(2) de la *Loi d'interprétation*, qui prévoit que la modification d'un texte législatif n'implique pas une déclaration que le droit existant a été modifié. Elle est également étayée par la règle d'interprétation voulant que, lorsqu'une loi en matière criminelle est ambiguë comme en l'espèce, il faille préférer l'interprétation favorable à l'accusé. De même, la jurisprudence, sans exception, appuie le point de vue selon lequel le législateur a voulu conserver la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Il faut donc continuer d'interpréter le par. 265(3) en fonction de la common law.

Il est bien établi que les tribunaux ne modifieront la common law que si ces modifications représentent une évolution progressive d'un principe existant et si leurs conséquences sont circonscrites et prévisibles. En l'espèce, les modifications générales proposées quant à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait ne satisfont pas à ce critère. L'application de la notion de fraude commerciale, limitée par la réserve particulière de la nécessité d'un «risque important de lésions corporelles graves», et l'application d'une conception de la fraude dépourvue de toute réserve et

doing the common law rule and substituting new principles in its place. Not only are the proposed extensions of the law sweeping, they are unprecedented. Moreover, the theoretical difficulties with both proposals are matched by the practical problems they would introduce. Parliament is better equipped than the courts to foresee the complex ramifications of such sweeping change and make the necessary value choices.

It is open, however, for courts to make incremental changes by extending the common law concepts of nature of the act and identity, provided the ramifications of the changes are not overly complex. It is the proper role of the courts to update the common law from time to time to bring it into harmony with the changing needs of society. This applies to the common law concept of fraud in relation to assault. In this case, the current state of the law does not reflect the values of Canadian society. It is unrealistic to think that consent given to sex on the basis that one's partner is HIV-free stands unaffected by blatant deception on that matter. Where a person represents that he or she is disease-free, and consent is given on that basis, deception on that matter goes to the very nature of the sexual act. To say that such a person commits fraud vitiating consent, thereby rendering the contact an assault, seems right and logical. A return to the pre-*Clarence* view of the common law that deception as to venereal disease may vitiate consent would catch the conduct here at issue, without permitting people to be convicted of assault for other inducements, and would draw a clear line between criminal and non-criminal conduct. This proposed extension of the law is relatively narrow, catching only deceit as to venereal disease where it is established, beyond a reasonable doubt, that there was a high risk of infection and that the defendant knew or ought to have known that the fraud actually induced consent to unprotected sex. This limited change will not have far-reaching, unforeseeable or undesirable ramifications. The common law should thus be changed to permit deceit as to sexually transmitted disease that induces consent to be treated as fraud vitiating consent under s. 265 of the *Criminal Code*.

incluant toute supercherie incitant à consentir à un contact représentent un remplacement de la règle de common law par de nouveaux principes. Non seulement les élargissements du droit proposés sont-ils radicaux, mais encore ils sont sans précédent. De plus, aux difficultés théoriques que soulèvent les deux propositions avancées s'ajoutent les problèmes pratiques qu'elles poseraient. Le législateur est, plus que les tribunaux, en mesure de prévoir les conséquences de changements aussi radicaux et de faire les choix de valeur requis.

Il est cependant loisible aux tribunaux de réaliser des changements progressifs en élargissant les notions de common law de la nature de l'acte et de l'identité, à la condition que les conséquences de ces changements ne soient pas trop complexes. Il convient que les tribunaux procèdent, à l'occasion, à la mise à jour de la common law pour qu'elle suive l'évolution des besoins de la société. Cela s'applique à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait. En l'espèce, l'état actuel du droit ne reflète pas les valeurs de la société canadienne. Il est irréaliste de penser que le consentement à des rapports sexuels donné parce que le partenaire est séronégatif n'est pas touché par une tromperie flagrante à ce sujet. Si une personne affirme qu'elle n'est pas malade, et que le consentement est donné sur la foi de cette affirmation, la tromperie à ce sujet touche la nature même de l'acte sexuel. Il semble logique et juste d'affirmer que cette personne commet une fraude viciant le consentement, transformant ainsi le contact en voies de fait. Le retour à la conception de la common law antérieure à la décision *Clarence*, selon laquelle la tromperie concernant une maladie vénérienne peut vicier le consentement, s'appliquerait à la conduite en cause en l'espèce, tout en évitant qu'une personne soit déclarée coupable de voies de fait pour avoir eu recours à d'autres incitations, et permettrait de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. Cet élargissement proposé du droit est relativement restreint, visant uniquement la supercherie quant à une maladie vénérienne dans les cas où il est établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait un risque élevé d'infection et que le défendeur savait ou aurait dû savoir que la fraude inciterait réellement à consentir à des relations sexuelles non protégées. Ce changement limité n'aura pas de conséquences profondes, imprévisibles ou non souhaitables. Il y a donc lieu de modifier la common law de façon à permettre que la supercherie au sujet d'une maladie transmissible sexuellement, qui incite à consentir, soit considérée comme une fraude viciant le consentement, au sens de l'art. 265 du *Code criminel*.

Cases Cited

By Cory J.

Not followed: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; **considered:** *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *Kathleen K. v. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (1984); *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **referred to:** *R. v. Thornton*, [1993] 2 S.C.R. 445; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728; *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1; *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29; *R. v. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **not followed:** *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; **referred to:** *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *R. v. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381; *R. v. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69; *R. v. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41.

Statutes and Regulations Cited*Canadian Charter of Rights and Freedoms.***Jurisprudence**

Citée par le juge Cory

Arrêts non suivis: *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; **arrêts examinés:** *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *Kathleen K. c. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (1984); *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thornton*, [1993] 2 R.C.S. 445; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728; *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1; *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts appliqués: *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; **arrêt non suivi:** *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; **arrêts mentionnés:** *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *R. c. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381; *R. c. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69; *R. c. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41.

Lois et règlements cités*Charte canadienne des droits et libertés.*

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143 [rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 6], 149 [am. 1972, c. 13, s. 70; rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 8], 244 [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 21].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 221, 265, 268, 273.2(b) [en. 1992, c. 38, s. 1], 274 to 278 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.4 to 246.8].

Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, ss. 259, 266.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 143 [abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 6], 149 [mod. 1972, ch. 13, art. 70; abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 8], 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 21].

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 221, 265, 268, 273.2b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 274 à 278 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.4 à 246.8].

Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 259, 266.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).

Authors Cited

Boyle, Christine. "The Judicial Construction of Sexual Assault Offences". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 136.

Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.

Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "AIDS and HIV in Canada", in *HIV/AIDS Epi Update*, November 1997.

Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "Oral Contraceptive and Condom Use", in *STD Epi Update*, November 1997.

Dwyer, John M. "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus" (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167.

Elliot, Richard. *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report*. Montreal: Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society, March 1997.

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 134. *Criminal Law: Consent and Offences against the Person*. London: H.M.S.O., 1994.

Halsbury's Laws of England, vol. 11(1), 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1990.

Holland, Winifred H. "HIV/AIDS and the Criminal Law" (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279.

Kenney, Stephen V. "Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future" (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245.

McGinnis, Janice Dickin. "Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS" (1990), 22 *Ottawa L. Rev.* 49.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Doctrine citée

Boyle, Christine. «The Judicial Construction of Sexual Assault Offences». In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 136.

Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.

Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Actualités du Bureau du VIH/sida et des MTS. «VIH et le sida au Canada», dans *Actualités en épidémiologie sur le VIH/sida*, novembre 1997.

Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Série de mises à jour du Bureau du VIH/sida et des MTS. «Utilisation des contraceptifs oraux et du condom», dans *Actualités en épidémiologie sur les MTS*, novembre 1997.

Dwyer, John M. «Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus» (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167.

Elliot, Richard. *Droit criminel et VIH/sida: rapport final*. Montréal: Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1997.

États-Unis. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Health Statistics. *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23: Data From the National Survey of Family Growth, No. 19. Hyattsville, Maryland: DHHS Publication, May 1997.

Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 134. *Criminal Law: Consent and Offences against the Person*. London: H.M.S.O., 1994.

Halsbury's Laws of England, vol. 11(1), 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1990.

Holland, Winifred H. «HIV/AIDS and the Criminal Law» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 4th ed. London: Butterworths, 1978.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: MacMillan & Co., 1883.

Tierney, Thomas W. "Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis" (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

United States. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Health Statistics. *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23: Data From the National Survey of Family Growth, No. 19. Hyattsville, Maryland: DHHS Publication, May 1997.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 83 B.C.A.C. 295, 136 W.A.C. 295, 141 D.L.R. (4th) 503, 111 C.C.C. (3d) 261, 3 C.R. (5th) 330, [1996] B.C.J. No. 2229 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on two charges of aggravated assault (1995), 26 W.C.B. (2d) 378. Appeal allowed and new trial ordered.

William F. Ehrcke, Q.C., for the appellant.

Douglas J. Stewart and Todd A. McKendrick, for the respondent.

Renee M. Pomerance, for the intervener the Attorney General for Ontario.

John G. Dives and Harbans K. Dhillon, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Marlys Edwardh and Richard Elliott, for the interveners Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network.

Kenney, Stephen V. «Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future» (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245.

McGinnis, Janice Dickin. «Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS» (1990), 22 *R.D. Ottawa* 49.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 4th ed. London: Butterworths, 1978.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: MacMillan & Co., 1883.

Tierney, Thomas W. «Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis» (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 83 B.C.A.C. 295, 136 W.A.C. 295, 141 D.L.R. (4th) 503, 111 C.C.C. (3d) 261, 3 C.R. (5th) 330, [1996] B.C.J. No. 2229 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittal de l'accusé relativement à deux accusations de voies de fait graves (1995), 26 W.C.B. (2d) 378. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'appelante.

Douglas J. Stewart et Todd A. McKendrick, pour l'intimé.

Renee M. Pomerance, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John G. Dives et Harbans K. Dhillon, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Marlys Edwardh et Richard Elliott, pour les intervenants Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal must determine whether the accused's misrepresentation as to his HIV-positive status can nullify the complainants' apparent consent to sexual intercourse so as to bring the sexual activity in question within the scope of the *Criminal Code* offence of aggravated assault. I have read the different reasons of my colleagues, Justices Cory and McLachlin, and although I agree with the result that they both reach, I disagree with the respective routes that they take to reach that result. In particular, I disagree with McLachlin J.'s conclusion that Parliament did not intend to move away from the strict common law approach to the vitiation of consent by fraud in the assault context. Likewise, although I share Cory J.'s conclusion that Parliament did intend such a change, I cannot agree with the new test that he articulates to determine the additional circumstances in which fraud will vitiate consent.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi nous oblige à déterminer si, dans la présente affaire, les fausses représentations de l'accusé quant à sa séro-positivité peuvent annuler le consentement apparent des plaignantes à des rapports sexuels, de sorte que l'activité sexuelle en cause soit une infraction de voies de fait graves au sens du *Code criminel*. J'ai pris connaissance des divers motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin, et, bien que je sois d'accord avec le résultat auquel ils arrivent, je ne partage pas les voies que chacun emprunte pour y parvenir. En particulier, je ne partage pas la conclusion du juge McLachlin que le législateur n'a pas voulu s'écarter de la façon stricte dont la common law aborde la viciation du consentement par la fraude dans le contexte des voies de fait. De même, bien que je souscrive à la conclusion du juge Cory que le législateur a bel et bien voulu ce changement, je ne puis accepter le nouveau critère qu'il formule pour déterminer les autres circonstances dans lesquelles la fraude viciera le consentement.

2 The central issue in this appeal is the interpretation to be given to the word "fraud" as it appears in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As "fraud" is not defined in the assault scheme in the *Criminal Code*, it is left to the courts to interpret its meaning as it relates to consent to the application of force. Consistent with established principles of statutory interpretation, the interpretation of "fraud" in s. 265(3)(c) must give effect to the intention of Parliament, and it must be informed by an appreciation of the context of the *Criminal Code*, its purposes, and the particular objectives of the assault scheme to which the fraud provision relates.

La question centrale qui se pose, dans le présent pourvoi, est celle de l'interprétation à donner au mot «fraude» employé à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme le mot «fraude» n'est pas défini dans le régime des voies de fait établi par le *Code criminel*, il appartient aux tribunaux de l'interpréter au regard du consentement à l'emploi de la force. Conformément aux principes établis en matière d'interprétation législative, l'interprétation du mot «fraude» employé à l'al. 265(3)c) doit refléter l'intention du législateur et reposer sur une appréciation du contexte du *Code criminel*, de ses objets et des objectifs particuliers du régime des voies de fait visé par la disposition relative à la fraude.

3 Contrary to McLachlin J.'s interpretation of legislative intent, I agree with Cory J.'s conclusion that the 1983 amendment to the *Criminal Code*, in which the rape and indecent assault provisions were reconstituted as the offence of sexual assault, and the words "false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act" were removed, evidences Parliament's intention to move

Contrairement à l'interprétation que le juge McLachlin donne de l'intention du législateur, je souscris à la conclusion du juge Cory que la modification apportée au *Code criminel* en 1983, qui a remanié les dispositions relatives au viol et à l'attentat à la pudeur de façon à créer l'infraction d'agression sexuelle, et qui a supprimé les mots «fausses et frauduleuses représentations sur la

away from the unreasonably strict common law approach to the vitiation of consent by fraud.

In further support of Cory J.'s conclusion, it is important also to appreciate the more general objectives of the 1983 amendments. Public pressure, based on dissatisfaction with the offences of indecent assault and rape, and the legal treatment of these issues, led to the 1983 amendments: C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 27-29. The amendments were not restricted to merely reclassifying indecent assault and rape as sexual assault, as McLachlin J. implies, but were aimed much more broadly at modernizing and sensitizing the law's approach to sexual offences, which are predominantly perpetrated by men against women. Included in the amendments was a provision abrogating the evidentiary rules relating to the doctrine of recent complaint in sexual assault cases (s. 275), a provision stating that corroboration of a complainant's testimony is no longer required in such cases in order to secure a conviction (s. 274), provisions restricting the evidentiary uses of a complainant's sexual history (s. 276) and sexual reputation (s. 277), and a provision repealing the marital exemption to sexual assault (s. 278).

The substantial overhaul that Parliament undertook with the 1983 amendments implies that it was dissatisfied with the traditional approach to sexual offences. This approach had been informed by the common law, as well as previous statutory codifications. In this context of discontent with the law's historical treatment of victims of sexual offences, and in light of the removal of the words "false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act", it is clear that Parliament intended to move away from the traditional approach to fraud as it relates to consent in sexual assault offences.

nature et le caractère de l'acte», démontre l'intention du législateur de s'écarter de la façon excessivement stricte dont la common law aborde la viciation du consentement par la fraude.

Pour appuyer davantage la conclusion du juge Cory, il importe également d'apprécier les objectifs plus généraux des modifications de 1983. Les pressions du public fondées sur le mécontentement à l'égard des infractions d'attentat à la pudeur et de viol, et de la façon dont la loi traitait ces questions, ont conduit aux modifications de 1983: C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), aux pp. 27 à 29. Ces modifications ne consistent pas seulement à remplacer les infractions d'attentat à la pudeur et de viol par l'infraction d'agression sexuelle, comme le laisse entendre le juge McLachlin, mais visent de façon beaucoup plus générale à moderniser et à adapter aux circonstances la façon dont le droit aborde les infractions d'ordre sexuel, qui sont surtout commises par des hommes contre des femmes. Elles comportent une disposition abrogeant les règles de preuve concernant la plainte spontanée dans les cas d'agression sexuelle (art. 275), une disposition prévoyant que la corroboration du témoignage d'un plaignant n'est plus nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité dans ces cas (art. 274), des dispositions limitant l'utilisation en preuve du comportement sexuel passé du plaignant (art. 276) et de la réputation sexuelle (art. 277), ainsi qu'une disposition abolissant l'exception du conjoint en matière d'agression sexuelle (art. 278).

L'importante refonte entreprise par le législateur au moyen des modifications de 1983 laisse supposer qu'il était mécontent de la façon traditionnelle d'aborder les infractions d'ordre sexuel, qui s'inspirait de la common law et des codifications législatives antérieures. Dans ce contexte de mécontentement à l'égard de la façon dont le droit avait, dans le passé, traité les victimes d'infraction d'ordre sexuel, et compte tenu de la suppression des mots «fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte», il est évident que le législateur a voulu s'écarter de la façon traditionnelle d'aborder la fraude liée au consentement en matière d'agression sexuelle.

6

The specific redrafting of the consent provision that occurred in 1983 lends further support to the conclusion that Parliament intended that a modified approach be taken to the issue of fraud and consent. Immediately prior to 1983, the general assault provision (R.S.C. 1970, c. C-34, s. 244) read as follows:

244. A person commits an assault when

(a) without the consent of another person or with consent, where it is obtained by fraud, he applies force intentionally to the person of the other, directly or indirectly;

The rape provision (s. 143) read as follows:

143. A male person commits rape when he has sexual intercourse with a female person who is not his wife,

(a) without her consent, or

(b) with her consent if the consent

(i) is extorted by threats or fear of bodily harm,

(ii) is obtained by personating her husband, or

(iii) is obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

The indecent assault provision (s. 149) read as follows:

149. (1) Every one who indecently assaults a female person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

(2) An accused who is charged with an offence under subsection (1) may be convicted if the evidence establishes that the accused did anything to the female person with her consent that, but for her consent, would have been an indecent assault, if her consent was obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

The new general assault provision, which applies to all of the assault offences, has integrated the dif-

La nouvelle rédaction, en particulier, de la disposition relative au consentement, en 1983, étaye davantage la conclusion que le législateur a voulu que l'on adopte une autre façon d'aborder la question de la fraude et du consentement. Voici comment se lisait, immédiatement avant 1983, la disposition générale en matière de voies de fait (S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 244):

244. Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque

a) sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude, d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui;

La disposition concernant le viol (art. 143) se lisait ainsi:

143. Une personne de sexe masculin commet un viol en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse,

a) sans le consentement de cette personne du sexe féminin, ou

b) avec le consentement de cette dernière, si le consentement

(i) est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles,

(ii) est obtenu en se faisant passer pour son époux, ou

(iii) est obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

Le texte de la disposition relative à l'attentat à la pudeur (art. 149) était le suivant:

149. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque attente à la pudeur d'une personne du sexe féminin.

(2) Un prévenu inculpé d'une infraction visée par le paragraphe (1) peut être déclaré coupable si la preuve établit que le prévenu a fait, à la personne du sexe féminin, avec son consentement, une chose qui, sans ce consentement, aurait constitué un attentat à la pudeur, lorsque son consentement a été obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

La nouvelle disposition générale relative aux voies de fait, applicable à toutes les infractions de voies

ferent means of vitiating consent that were a part of the provisions that it replaced. It reads as follows:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

An examination of the content of s. 265(3) is particularly significant when compared to the provisions that it replaced. First, it is clear that Parliament intended to expand the circumstances in which consent would be vitiated. Henceforth in the *Criminal Code's* treatment of assault or sexual offences, both the exercise of authority (s. 265(3)(d)), and the application of force, or the threat thereof, to a person other than the complainant (s. 265(3)(a) and (b)), were to be considered consent-vitiating factors. Implying that Parliament's intent was to permit a broader interpretation of the concept of "fraud" by enacting s. 265(3)(c) free of any qualifiers, is entirely consistent with the general thrust of s. 265(3).

Second, some significance must be attributed to the new way in which the vitiating of consent is conceived by s. 265(3). The old provisions state that an offence has still been committed even where consent was obtained, if that consent was obtained in a particular manner: i.e. through false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act. But s. 265(3) does not state simply that actions are unlawful if consent was

de fait, a intégré les divers moyens de vicier le consentement, qui faisaient partie des dispositions qu'elle a remplacées:

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

L'examen du contenu du par. 265(3) est particulièrement révélateur quand on le compare aux dispositions qu'il remplace. Premièrement, il est évident que le législateur a voulu élargir les circonstances dans lesquelles le consentement est vicié. Désormais, en matière de voies de fait ou d'infractions d'ordre sexuel, le *Code criminel* considère comme des facteurs viciant le consentement tant l'exercice de l'autorité (al. 265(3)d)) que l'emploi de la force ou la menace d'emploi de la force envers une autre personne que le plaignant (al. 265(3)a) et b)). Il est tout à fait compatible avec la portée générale du par. 265(3) de présumer qu'en adoptant l'al. 265(3)c) sans l'assortir de réserves, le législateur a voulu permettre une interprétation plus large du concept de «fraude».

Deuxièmement, il faut accorder une certaine importance à la nouvelle façon dont le par. 265(3) conçoit la viciation du consentement. Suivant les anciennes dispositions, il y avait infraction même lorsqu'il y avait consentement, si ce consentement avait été obtenu d'une façon particulière, c.-à-d. par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte. Le paragraphe 265(3), toutefois, ne prévoit pas simplement que

obtained under vitiating circumstances. Instead, s. 265(3) says that “no consent is obtained where the complainant submits or does not resist” because of the presence of one of the enumerated factors. (Emphasis added.) In their treatise *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 789, A. W. Mewett and M. Manning suggest that this change is crucial and entails “a fundamental shift in the scope of operative fraud”, and is not just a perpetuation of the traditional approach to fraud in sexual assault contexts:

[W]e should no longer be concerned with whether there is consent and worry about whether it has been vitiated, but whether there has been submission or no resistance and worry about whether the reason for that submission or lack of resistance is fraud. This indicates that the inquiry under the new provisions is not, as it was under the old legislation, into whether there is any factor that negates any consent to that act, but into whether there has been any submission or failure to resist by reason of any fraud. . . . [W]hat is relevant is not whether there has been any fraud going to the nature and quality of the act but whether there has been any fraud by reason of which the victim submitted or failed to resist, and surely those two things are very different. [Emphasis in original.]

9

McLachlin J. dismisses these substantial legislative developments as an “absence of evidence that Parliament discussed or considered the matter” (par. 51), and claims therefore that any modification of the existing common law beyond an incremental change amounts to unwarranted judicial interference with Parliament’s assigned role. On the contrary, there is ample evidence to justify the conclusion that Parliament changed the approach to be taken to fraud as it relates to consent in the assault context, thereby permitting the courts to perform their proper function of discerning Parliament’s intent in order to interpret this new legislative provision. While Cory J. accepts to a certain extent that Parliament intended to unburden the notion of fraud by removing the qualification that it must relate to the nature and quality of the act, he refuses to consider that the change was as significant and principled as, for example, Mewett and Manning suggest. Accordingly, it is with what

des actes sont illégaux si le consentement a été obtenu dans des circonstances qui ont pour effet de le vicier. Il précise plutôt que «ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister» en raison de l’un des facteurs énumérés. (Je souligne.) Dans *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), les auteurs affirment, à la p. 789, que ce changement est crucial et comporte [TRADUCTION] «un virage fondamental dans la portée de la fraude qui a un effet sur le consentement», et n’est pas simplement une perpétuation de la façon traditionnelle d’aborder la fraude en matière d’agression sexuelle:

[TRADUCTION] [I]l ne s’agit plus de se demander s’il y a un consentement ni de savoir s’il a été vicié; il s’agit plutôt de savoir s’il y a eu soumission ou absence de résistance, et de chercher à savoir si cette soumission ou absence de résistance est due à la fraude. Cela indique que, en vertu des nouvelles dispositions, il s’agit non pas, comme c’était le cas auparavant, de se demander s’il existe un facteur qui annule tout consentement à cet acte, mais s’il y a eu soumission ou absence de résistance en raison d’une fraude quelconque. [. . .] [C]e qui importe, ce n’est pas de savoir s’il y a eu une fraude touchant la nature et le caractère de l’acte, mais plutôt s’il y a eu une fraude qui a amené la victime à se soumettre ou à ne pas résister, et ce sont sûrement deux choses fort différentes. [En italique dans l’original.]

Le juge McLachlin minimise ces changements législatifs importants vu l’«absence de preuve que le législateur a débattu ou étudié la question» (par. 51), et affirme, en conséquence, que toute modification de la common law existante qui va au-delà d’un changement progressif équivaut à une immixtion injustifiée des tribunaux dans le rôle du législateur. Il existe, au contraire, une preuve amplement suffisante pour conclure que le législateur a modifié la façon d’aborder la fraude liée au consentement en matière de voies de fait, ce qui permet aux tribunaux d’exercer leur fonction légitime de rechercher l’intention du législateur pour interpréter cette nouvelle disposition législative. Bien qu’il accepte jusqu’à un certain point que le législateur a voulu alléger la notion de fraude en supprimant le qualificatif de la nature et du caractère de l’acte, le juge Cory refuse de considérer que ce changement est aussi important et fondé sur des principes que l’affirment notamment Mewett et

Cory J. proposes to do with this newly liberated fraud provision, that I disagree. A further examination of the assault scheme as a whole and the objectives of the *Criminal Code* assault provisions will, in my view, demonstrate the reasons for taking a different approach to the interpretation of s. 265(3)(c).

Section 265 of the *Criminal Code* describes the general elements that underlie all of the assault offences, including assault, assault causing bodily harm, aggravated assault, sexual assault and aggravated sexual assault. The essence of all forms of assault, as laid out in s. 265, is the intentional, non-consensual application of force, or the threat thereof. "Force" can include any touching, no matter the degree of strength or power applied, and therefore is not only those physical acts designed to maim or cause injury. Where the application of force is consensual, there is no assault (except in limited circumstances such as those explained in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, which does not apply to this case). However, in certain situations, s. 265(3) operates to determine when, superficial appearances to the contrary, no consent has been obtained, thus precluding any defence of consent.

As can be seen from an examination of the underlying elements of assault, which form the basis of all of the assault provisions, the *Criminal Code* prohibition against the intentional and non-consensual application of force is very broadly constructed. Any unwanted touching by another, no matter how minimal the force that is applied, is criminal. The physical acts prohibited by the assault scheme include not only a punch in the face, or forced sexual intercourse at knife-point, but also placing one's hand on the thigh of the person sitting adjacent on the bus: see *R. v. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283 (B.C.C.A.). Clearly, the purpose of the assault scheme is much broader than just the protection of persons from serious

Manning. Par conséquent, je ne saurais être d'accord avec le juge Cory en ce qui a trait à cette nouvelle forme libérée de disposition en matière de fraude. Un examen plus poussé de l'ensemble du régime des voies de fait et des objectifs visés par ces dispositions du *Code criminel* fait ressortir, à mon avis, les raisons qui justifient d'aborder différemment l'interprétation de l'al. 265(3)c.

L'article 265 du *Code criminel* décrit les éléments généraux qui sous-tendent toutes les infractions de voies de fait, y compris les voies de fait simples, les voies de fait causant des lésions corporelles, les voies de fait graves, l'agression sexuelle et l'agression sexuelle grave. L'emploi intentionnel de la force, sans le consentement de la victime, ou la menace d'un tel emploi de la force constituent, comme le précise l'art. 265, l'essence de toutes les formes de voies de fait. La «force» peut comprendre tout attouchement, quel que soit la force ou la puissance utilisée, et n'est donc pas limitée aux actes physiques destinés à mutiler ou à causer des blessures. Lorsque l'emploi de la force est consensuel, il n'y a pas de voies de fait (sauf dans des circonstances limitées comme celles expliquées dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, qui ne s'applique pas en l'espèce). Cependant, dans certaines situations, le par. 265(3) a pour effet de déterminer quand, contrairement aux apparences, aucun consentement n'a été obtenu, écartant ainsi tout moyen de défense fondé sur le consentement.

Comme il ressort d'un examen des éléments sous-jacents des voies de fait, qui sont à la base de toutes les dispositions relatives aux voies de fait, l'interdiction au *Code criminel* de l'emploi intentionnel et non consensuel de la force est interprétée de façon très large. Tout attouchement non souhaité, quelque minime que soit la force employée, est criminel. Les actes physiques interdits par le régime des voies de fait comprennent non seulement le coup de poing au visage ou les rapports sexuels obtenus à la pointe d'un couteau, mais encore l'imposition de la main sur la cuisse de la personne qui occupe la place voisine dans un autobus: voir *R. c. Burden* (1981), 25 C.R. (3d) 283 (C.A.C.-B.). L'objectif du régime des voies de fait

10

11

physical harm. The assault scheme is aimed more generally at protecting people's physical integrity.

est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime des voies de fait vise, de façon plus générale, à protéger l'intégrité physique des gens.

12 Relatedly, the assault scheme is also about protecting and promoting people's physical autonomy, by recognizing each individual's power to consent, or to withhold consent, to any touching. The meaningfulness of the right to consent, and thus of the right to stipulate under which conditions a person wishes to be touched, is further protected by s. 265(3). In general, s. 265(3) lists factors that have the effect of making a person's consent to the application of force meaningless. Where those factors are present, a true expression of a complainant's autonomous will cannot be obtained. Parliament has recognized with s. 265(3), that in order to maximize the protection of physical integrity and personal autonomy, only consent obtained without negating the voluntary agency of the person being touched, is legally valid.

Le régime des voies de fait vise aussi, de façon connexe, à protéger et à promouvoir l'intégrité physique des gens en reconnaissant le pouvoir de chacun de consentir ou non à un attouchement. La signification du droit de consentir et, partant, du droit de préciser à quelles conditions une personne souhaite être touchée, est également protégée par le par. 265(3). De façon générale, le par. 265(3) énumère des facteurs qui ont pour effet de rendre le consentement d'une personne à l'emploi de la force sans aucune signification. Lorsque ces facteurs sont présents, l'expression véritable du libre arbitre d'un plaignant ne peut pas être obtenue. En adoptant le par. 265(3), le législateur a reconnu que, pour maximiser la protection de l'intégrité physique et de l'autonomie personnelle, seul le consentement obtenu avec la participation volontaire de la personne touchée est juridiquement valide.

13 Given these objectives of the *Criminal Code* assault scheme, and the important protections inherent in the individual's power to consent or deny consent, how should "fraud" be interpreted in relation to consent in s. 265(3)(c)? When interpreting s. 265(3)(c), it is important to keep in mind that it applies to consent to all forms of assault, not, for example, just sexual assault, or assault where there is potential or actual serious physical injury. The interpretation of the fraud provision, therefore, should be based on principles that are consistent across the different assault contexts. In this respect, I must expressly disagree with the approach taken by my colleague, Cory J. In my view, his interpretation of the fraud provision is inconsistent with such a principled approach to statutory interpretation.

Compte tenu de ces objectifs du régime des voies de fait établi dans le *Code criminel* et des protections importantes inhérentes au pouvoir d'une personne de donner ou de refuser son consentement, comment devrait-on interpréter la «fraude» que l'al. 265(3)c) oppose au consentement? Lorsqu'on interprète l'al. 265(3)c), il est important de garder à l'esprit qu'il s'applique au consentement à toutes formes de voies de fait, et non pas, par exemple, uniquement à l'agression sexuelle ou aux voies de fait causant réellement ou pouvant causer des blessures graves. L'interprétation de la disposition relative à la fraude devrait donc être fondée sur des principes compatibles avec tous les différents contextes dans lesquels surviennent des voies de fait. À cet égard, je ne saurais être d'accord avec l'approche de mon collègue le juge Cory. Selon moi, son interprétation de la disposition relative à la fraude est incompatible avec cette méthode d'interprétation législative fondée sur des principes.

Cory J. states that, apart from the traditional common law approach where the fraud relates to “the nature and quality of the act”, fraud will only vitiate consent in the sexual assault context where an accused’s objectively dishonest act has “the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm” (para. 128 (emphasis added)). Notwithstanding the fact that the accused in this appeal has been charged with aggravated assault and not sexual assault or aggravated sexual assault, in my view, my colleague’s test has the effect of creating a different interpretation of “fraud” depending on the sexual nature of the particular offence with which an accused has been charged. In my view, my colleague’s interpretation has the effect of undoing what Parliament accomplished with its 1983 amendment of the *Criminal Code*: it re-introduces, in the sexual assault context, artificial limitations as to when fraud will negate consent to physical contact. With respect, I cannot accept the correctness of such limitations, nor support reverting, once again, to the singular and differential treatment of sexual assault.

As I have explained, the assault scheme is very broad in its objectives to protect people’s physical integrity from unwanted physical contact, and to protect people’s personal autonomy to decide under what conditions they will consent to be touched. Section 265(3) provides further protection to ensure that when consent is obtained, that consent is a true reflection of a person’s autonomous will. Where fraud is concerned, Cory J. would limit its consent-vitiating effects to the traditional common law approach, and to those assault contexts where there is a “significant risk of serious bodily harm”. But that which is integral to a principled interpretation of fraud is its causal effect on consent, and the objectives of the assault scheme. Accordingly, it is appropriate to define fraud in terms of its relationship to consent, as well as to any and all forms of assault, and not just in terms

Le juge Cory affirme que, indépendamment de la conception traditionnelle de la common law suivant laquelle la fraude concerne «la nature et le caractère de l’acte», la fraude ne viciera le consentement en matière d’agression sexuelle que si l’acte objectivement malhonnête d’un accusé a «pour effet d’exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves» (par. 128 (je souligne)). Nonobstant le fait qu’en l’espèce l’accusé a été inculpé de voies de fait graves, et non pas d’agression sexuelle ou d’agression sexuelle grave, j’estime que le test que propose mon collègue a pour effet de créer une interprétation différente de la «fraude» qui dépend de la nature sexuelle de l’infraction particulière pour laquelle un accusé a été mis en accusation. À mon avis, l’interprétation de mon collègue a pour effet d’abolir ce que le législateur a accompli en modifiant le *Code criminel* en 1983; elle réintroduit, dans le contexte de l’agression sexuelle, des restrictions artificielles dépendant des cas où la fraude annulera le consentement à un contact physique. En toute déférence, je ne puis accepter que ces restrictions soient correctes ni appuyer un retour, une fois de plus, au traitement particulier et différent de l’agression sexuelle.

Comme je l’ai expliqué, le régime des voies de fait a des objectifs très larges de protection de l’intégrité physique des gens contre les contacts physiques non souhaités, et de protection de leur autonomie personnelle de décider à quelles conditions ils consentiront à être touchés. Le paragraphe 265(3) offre une protection supplémentaire pour assurer que le consentement obtenu reflète vraiment le libre arbitre de la personne en cause. Lorsqu’il y a fraude, le juge Cory en limiterait les effets de nature à vicier le consentement à la conception traditionnelle de la common law, et aux contextes des voies de fait où il y a un «risque important de lésions corporelles graves». Mais l’effet causal de la fraude sur le consentement et les objectifs du régime des voies de fait font partie intégrante d’une interprétation de la fraude, qui soit fondée sur des principes. Par conséquent, il convient de définir la fraude en fonction de son lien avec le consentement de même qu’avec toutes les formes de voies de fait, et non pas seulement en fonction

of the proximity and severity of the risks associated with the acts for which consent is being given.

16

In my view, considering the wording of s. 265(3)(c), as well as the objectives and context of the *Criminal Code* and the assault scheme, fraud is simply about whether the dishonest act in question induced another to consent to the ensuing physical act, whether or not that act was particularly risky and dangerous. The focus of the inquiry into whether fraud vitiated consent so as to make certain physical contact non-consensual should be on whether the nature and execution of the deceit deprived the complainant of the ability to exercise his or her will in relation to his or her physical integrity with respect to the activity in question. As Mewett and Manning, *supra*, explain at p. 789: "There must be a causal connection between the fraud and the submission" to the act. Where fraud is in issue, the Crown would be required to prove beyond a reasonable doubt that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce the complainant to submit to a specific activity, and that absent the dishonesty, the complainant would not have submitted to the particular activity, thus considering the impugned act to be a non-consensual application of force. See C. Boyle, "The Judicial Construction of Sexual Assault Offences", in J. V. Roberts and R. M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 136, at p. 146; and Great Britain, Law Commission Consultation Paper No. 134, *Criminal Law: Consent and Offences against the Person* (1994), at pp. 51-52. The dishonesty of the submission-inducing act would be assessed based on the objective standard of the reasonable person. The Crown also would be required to prove that the accused knew, or was aware, that his or her dishonest actions would induce the complainant to submit to the particular activity. For a similar articulation of the elements of fraud, see *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at pp. 25-26.

17

In considering this case, the following facts would be sufficient to establish the objective dishonesty of the accused's actions, and to infer that

de la proximité et de la gravité des risques associés aux actes visés par le consentement.

À mon avis, compte tenu du texte de l'al. 265(3)c), ainsi que des objectifs et du contexte du *Code criminel* et du régime des voies de fait, il y a fraude simplement si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique, peu importe que cet acte ait comporté ou non des risques ou des dangers particuliers. L'examen visant à déterminer si la fraude a vicié le consentement de manière à rendre non consensuel un certain contact physique devrait être axé sur la question de savoir si la nature et l'exécution de la supercherie ont privé le plaignant de la capacité d'exercer sa volonté relativement à son intégrité physique en ce qui concerne l'activité en question. Comme l'expliquent Mewett et Manning, *op. cit.*, à la p. 789: [TRADUCTION] «Il doit y avoir un lien de causalité entre la fraude et la soumission» à l'acte. Dans tout débat relatif à la fraude, le ministère public serait tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter le plaignant à se soumettre à une activité précise, et qu'en l'absence de malhonnêteté le plaignant ne se serait pas soumis à l'activité en cause, considérant ainsi l'acte reproché comme étant un emploi non consensuel de la force. Voir C. Boyle, «The Judicial Construction of Sexual Assault Offences», dans J. V. Roberts et R. M. Mohr, dir., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 136, à la p. 146; et Grande-Bretagne, Law Commission Consultation Paper No. 134, *Criminal Law: Consent and Offences against the Person* (1994), aux pp. 51 et 52. La malhonnêteté de l'acte qui incite à la soumission serait évaluée en fonction de la norme objective de la personne raisonnable. Le ministère public serait aussi tenu de prouver que l'accusé savait ou était conscient que ses actes malhonnêtes inciteraient le plaignant à se soumettre à l'activité en cause. Pour un énoncé similaire des éléments de la fraude, voir *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, aux pp. 25 et 26.

À l'examen de la présente affaire, les faits suivants seraient suffisants pour établir la malhonnêteté objective des actes de l'accusé et pour déduire

the accused knew that his actions induced the complainants' submission to unprotected sex: the accused knew that he was HIV-positive, he was aware of the contagious and life-threatening nature of the disease, he was advised by public health nurses to always wear a condom and inform his partners of his HIV-positive status, he expressed fears that disclosure of his status to potential partners would end his sex-life, he lied about his HIV-positive status to one of the complainants, and he failed to disclose it to the other complainant in circumstances that called for its disclosure.

In my view, this interpretation of fraud as it relates to consent has the effect of maximizing the individual's right to determine by whom, and under what conditions, he or she will consent to physical contact by another. This approach is also respectful of the legislative context because it can be applied with equal consistency to all of the assault offences to which the fraud provision relates.

An interpretation of fraud that focuses only on the sexual assault context, and which limits it only to those situations where a "significant risk of serious bodily harm" is evident, is unjustifiably restrictive. Such a particularization and limitation is nowhere present in the assault scheme, because Parliament removed any qualifications to the fraud provision as it relates to sexual assault. It must be noted that where sexual assault is concerned, those receiving the protection of the *Criminal Code* are overwhelmingly women. Limiting the definition of fraud in the sexual assault context in the way that Cory J. proposes is to potentially fall into the same trap as those people who believe that rape in the absence of physical "violence", where the complainant just froze and did not fight back or was unconscious, is not a serious crime. The essence of the offence, as I have stated, is not the presence of physical violence or the potential for serious bodily harm, but the violation of the complainant's physical dignity in a manner contrary to her autonomous will. That violation of physical dignity and personal autonomy is what justifies criminal sanction, and always has, irrespective of the risk or

que ce dernier savait que ses actes inciteraient la plaignante à se soumettre à des rapports sexuels non protégés: l'accusé savait qu'il était séropositif, il était conscient que cette maladie était contagieuse et mettait la vie d'autrui en danger, les infirmières hygiénistes lui ont conseillé de toujours porter le condom et d'informer ses partenaires de sa séropositivité, il s'est dit inquiet que la divulgation de son état de santé ne mette fin à sa vie sexuelle, il a menti à l'une des plaignantes au sujet sa séropositivité et ne l'a pas divulguée à l'autre plaignante dans des circonstances où il aurait dû le faire.

J'estime que cette interprétation de la fraude relative au consentement a pour effet de maximiser le droit d'un individu de déterminer à quelles conditions il consentira à un contact physique et avec qui ce contact aura lieu. Ce point de vue respecte également le contexte législatif parce qu'il peut s'appliquer avec la même logique à toutes les infractions de voies de fait visées par la disposition relative à la fraude.

Une interprétation de la fraude qui se concentre exclusivement sur le contexte de l'agression sexuelle et qui la confine aux seules situations où il existe manifestement un «risque important de lésions corporelles graves» est restrictive de façon injustifiable. On ne trouve nulle part dans le régime des voies de fait pareilles particularisation et restriction parce que le législateur a supprimé toute qualification de la disposition relative à la fraude dans la mesure où elle a trait à l'agression sexuelle. Il faut souligner qu'en matière d'agression sexuelle les personnes qui bénéficient de la protection du *Code criminel* sont en très grande majorité des femmes. Restreindre la définition de la fraude en matière d'agression sexuelle de la façon proposée par le juge Cory, c'est peut-être tomber dans le même piège que les gens qui croient que le viol n'est pas un crime grave lorsqu'il n'y a pas de «violence» physique, c'est-à-dire lorsque la plaignante est simplement restée figée et ne s'est pas débattue ou était inconsciente. Comme je l'ai dit, l'essence de l'infraction est non pas l'existence de violence physique ou d'un risque de lésions corporelles graves, mais la violation de la

18

19

degree of bodily harm involved. Why should fraud be defined more broadly in the commercial context, which is designed to protect property interests, than it is for sexual assault, which is one of the worst violations of human dignity?

20

Finally, my colleagues' examples of the types of trivial conduct that will be caught by this approach are grossly overstated. Cory J. downplays the limiting effect of the fact that a causal connection must be proven, to the imposing criminal standard, between the accused's dishonest act and his intention to induce the submission of the complainant. For instance, a mere misrepresentation as to a man's professional status, without proof that the man was aware that the complainant was submitting to sexual intercourse with him by reason of his lie, would not constitute sexual assault. See Mewett and Manning, *supra*, at pp. 789-90. Whether a complainant actually submitted to sexual intercourse by reason of an accused's fraud will necessarily depend on an examination of all of the factors, and can only be decided on a case-by-case basis.

21

McLachlin J.'s predictions are even more cataclysmic. Contrary to her assertion in para. 52, it is not "any deception or dishonesty" that will be criminalized by this approach. McLachlin J. argues that based on the approach to fraud that I have explained, henceforward the "implied consent inherent in the social occasion — the handshake or social buss — are transformed by fiat of judicial pen into crimes". But my approach to fraud will in no way catch such innocent conduct. The very notion of implied consent to touching that is inherent in the social occasion, and indeed, inherent in so many aspects of day to day life, is based on an understanding of social realities and a need for tolerance of a reasonable degree of incidental and

dignité physique de la plaignante d'une façon contraire à son libre arbitre. Cette violation de la dignité physique et de l'autonomie personnelle est ce qui justifie et a toujours justifié une sanction pénale, indépendamment du risque ou de la gravité des lésions corporelles en cause. Pourquoi la définition de la fraude devrait-elle être plus large dans le contexte commercial où il est question de protéger des droits de propriété, qu'elle ne l'est pour l'agression sexuelle qui est l'une des pires atteintes à la dignité humaine?

Enfin, les exemples que cite mon collègue de types de conduite anodine qui seraient englobés par cette approche sont extrêmement exagérés. Le juge Cory minimise l'effet restrictif de l'obligation de prouver, suivant la norme criminelle exigeante, l'existence d'un lien de causalité entre l'acte malhonnête de l'accusé et son intention d'inciter le plaignant à se soumettre. À titre d'exemple, une simple déclaration inexacte quant au statut professionnel d'un homme, sans preuve que celui-ci savait que la plaignante se soumettait à des rapports sexuels avec lui en raison de son mensonge, ne constituerait pas une agression sexuelle. Voir Mewett et Manning, *op. cit.*, aux pp. 789 et 790. La question de savoir si un plaignant s'est réellement soumis à des rapports sexuels en raison de la fraude commise par un accusé dépendra nécessairement de l'examen de tous les facteurs et ne pourra être tranchée qu'en fonction des faits de chaque affaire.

Les prédictions du juge McLachlin sont encore plus catastrophiques. Contrairement à son affirmation au par. 52, ce n'est pas «toute tromperie ou malhonnêteté» qui sera criminalisée par cette approche. Le juge McLachlin fait valoir que, suivant mon approche de la notion de fraude, le «consentement implicite inhérent à une rencontre sociale — poignée de main ou bise — est transformé par décision judiciaire en crime». Ma façon d'aborder la fraude ne s'appliquera aucunement à une telle conduite innocente. La notion même du consentement implicite à un attouchement, qui est inhérente à la rencontre sociale et, en fait, à de si nombreux aspects de la vie quotidienne, repose sur la compréhension des réalités sociales et la néces-

trivial contact. Whether or not a man is wearing a false moustache or a woman, alluring make-up, it is inconceivable that the Crown, were it foolish enough to prosecute a case of assault by handshake or social buss, would be capable of establishing beyond a reasonable doubt both that a complainant only consented to the physical contact by reason of the deception, and that the deception was employed with the knowledge and intention of inducing the submission of the complainant. In addition, the principle of *de minimis non curat lex*, that "the law does not concern itself with trifles" might apply in such a case: see *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 69, *per* L'Heureux-Dubé J. Furthermore, I cannot accept McLachlin J.'s criticism that the test suffers from imprecision and uncertainty due to the fact that the dishonesty of the act is to be assessed based on an objective standard. A majority of this Court has already accepted such an approach to the assessment of the dishonesty of the act in the criminal fraud context: see *Théroux*, *supra*, at p. 16, *per* McLachlin J.

Since Parliament has, through the assault provisions, granted broad protection to individual autonomy and physical integrity in order to guard everyone's right to decide under what conditions another may touch them, it is not for this Court to narrow this protection because it is afraid that it may reach too far into the private lives of individuals. One of those private lives presumably belongs to a complainant, whose feeling of having been physically violated, and fraudulently deprived of the right to withhold consent, warrants the protection and condemnation provided by the *Criminal Code*.

Subject to these reasons, I agree with my colleagues' disposition to allow the appeal and order a new trial.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

sité de tolérer un degré raisonnable de contacts fortuits et anodins. Qu'un homme porte ou non une fausse moustache ou une femme, un maquillage attrayant, il est inconcevable que le ministère public, fût-il assez insensé pour tenter des poursuites pour voies de fait fondées sur une poignée de main ou une bise, puisse établir hors de tout doute raisonnable à la fois qu'un plaignant n'a consenti au contact physique que sous l'effet de la tromperie, et que l'auteur de la tromperie l'a utilisée sciemment dans le but d'amener le plaignant à se soumettre. En outre, le principe *de minimis non curat lex*, selon lequel «la loi ne s'occupe pas de choses insignifiantes», pourrait s'appliquer dans un tel cas: voir *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, au par. 69, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, je ne saurais accepter la critique du juge McLachlin suivant laquelle le test est imprécis et incertain du fait que la malhonnêteté de l'acte doit être appréciée suivant une norme objective. Notre Cour à la majorité a déjà accepté une telle façon d'aborder l'appréciation de la malhonnêteté de l'acte dans le contexte d'une fraude criminelle: voir *Théroux*, précité, à la p. 16, le juge McLachlin.

Puisque le législateur a, au moyen des dispositions en matière de voies de fait, accordé une vaste protection à l'autonomie individuelle et à l'intégrité physique afin de sauvegarder le droit de chacun de décider à quelles conditions il peut être touché par autrui, il n'appartient pas à notre Cour de restreindre cette protection de crainte qu'elle aille trop loin dans la vie privée des gens. Un aspect de cette vie privée appartient à un plaignant dont le sentiment d'avoir été violé physiquement et privé frauduleusement du droit de refuser son consentement justifie la protection et la condamnation prévues par le *Code criminel*.

Sous réserve des présents motifs, je souscris à la décision de mes collègues d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

24 The respondent Cuerrier stands charged with aggravated assault contrary to s. 268 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The charges were based on allegations that Cuerrier had unprotected sexual intercourse with two women whom he misled regarding his HIV-positive status. The Crown alleges that this constituted fraud that vitiated the women's consent and converted consensual sexual intercourse into assault.

25 For more than a century, the law has been settled; fraud does not vitiate consent to assault unless the mistake goes to the nature of the act or the identity of the partner. Fraud as to collateral aspects of a consensual encounter, like the possibility of contracting serious venereal disease, does not vitiate consent. On this appeal the Crown asks us to change this settled law. We are asked to rule that deceiving one's partner about the fact that one has HIV vitiates consent, converting consensual sex into assault.

26 My colleagues L'Heureux-Dubé J. and Cory J. propose new rules which would criminalize dishonestly obtained sex in a wide variety of circumstances. I sympathize with their goals. The venereal disease of HIV and the AIDS it causes are the cause of terrible suffering and death. The wrong done to a person who is deceived into having unprotected sexual intercourse by a lie about HIV status can be inestimable. However, I respectfully find the approaches they advocate are too broad, falling outside the power of the courts to make incremental changes to the common law. I propose a narrower extension limited to failure to disclose venereal disease.

II. The Legislation

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

265. (1) A person commits an assault when

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

L'intimé Cuerrier est accusé de voies de fait graves au sens de l'art. 268 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Les accusations reposent sur des allégations que Cuerrier a eu des rapports sexuels non protégés avec deux femmes qu'il avait induites en erreur au sujet de sa séropositivité. Le ministère public allègue que cela constitue une fraude qui a vicié le consentement de ces femmes et transformé en voies de fait des rapports sexuels consensuels.

Depuis plus d'un siècle, il est bien établi, en droit, que la fraude ne vicie le consentement à des voies de fait que si l'erreur porte sur la nature de l'acte ou sur l'identité du partenaire. La fraude relative à des aspects secondaires de relations consensuelles, comme la possibilité de contracter de graves maladies vénériennes, ne vicie pas le consentement. Dans le présent pourvoi, le ministère public nous demande de modifier le droit établi en décidant que le fait qu'une personne induise son partenaire en erreur sur sa séropositivité vicie le consentement donné et transforme les rapports sexuels consensuels en voies de fait.

Mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory proposent de nouvelles règles qui criminaliseraient l'obtention malhonnête de rapports sexuels dans toute une gamme de circonstances. Je comprends leurs objectifs. La maladie vénérienne du VIH et le sida qu'elle cause entraînent des souffrances terribles et la mort. La personne qui, à la suite d'un mensonge au sujet de la séropositivité, est amenée à avoir des rapports sexuels non protégés peut subir un tort incalculable. Toutefois, j'estime, en toute déférence, que le point de vue qu'ils préconisent est trop large et qu'il excède le pouvoir des tribunaux de modifier progressivement la common law. Je propose un élargissement plus restreint, limité au défaut de divulguer l'existence d'une maladie vénérienne.

II. Les dispositions législatives

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

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

268. (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

III. The Issues

The first issue in this case is whether Parliament, in enacting s. 265(3) of the *Criminal Code*, intended to criminalize deceptive sexual conduct. If it did not, a second issue arises: whether the change sought is one the courts may properly make. I will consider each issue in turn.

IV. Analysis

1. *Did Parliament Intend to Change the Law of Fraud for Sexual Assault?*

My colleagues L'Heureux-Dubé J. and Cory J. conclude that Parliament intended to remove the common law limitations on fraud for assault by

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

268. (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

III. Les questions litigieuses

La première question qui se pose en l'espèce est de savoir si, en adoptant le par. 265(3) du *Code criminel*, le législateur a voulu criminaliser la conduite sexuelle trompeuse. Dans la négative, une seconde question se pose, celle de savoir si les tribunaux peuvent à bon droit apporter la modification sollicitée? Je vais examiner ces questions à tour de rôle.

IV. Analyse

1. *Le législateur a-t-il voulu modifier la règle de la fraude en matière d'agression sexuelle?*

Mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory concluent qu'en modifiant le par. 265(3) du *Code criminel*, en 1983, le législateur a voulu sup-

amending s. 265(3) of the *Criminal Code* in 1983. With respect, I cannot agree.

30 Until 1983, the *Criminal Code* provided that consent to sexual intercourse was vitiated where it was obtained "by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act". This reflected the common law which confined fraud in assault to the nature of the act (i.e., was it sexual, or something else) and the identity of the partner: J. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (4th ed. 1978), at p. 355; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1990), vol. 11(1), at para. 494; see also *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23.

31 In 1983 Parliament amended the *Criminal Code*. The old offences of rape and indecent assault were redefined as sexual assault. A new consent provision, applying to all types of assault, sexual and non-sexual, was adopted.

32 The question is whether by making this change, Parliament intended to broaden the offence of assault to make it a crime for a person who has a serious venereal disease like HIV to engage in unprotected sexual intercourse without disclosing the disease to his or her partner.

33 In support of the argument that Parliament intended a radical departure from the traditional common law definition of fraud in assault offences, the appellant raises the wording of s. 265(3)(c) (fraud *simpliciter*) and the arbitrariness of limiting fraud to the nature and quality of the act. Against the argument, the respondent argues that the change in the wording is explained by the intent to group all assaults under one concept; that in the absence of clear words it cannot be presumed that Parliament intended to radically broaden the offence of assault; and that there are strong policy reasons, historically and today, for limiting fraud in the context of assault and sexual assault, making it highly improbable that Parlia-

primer les limites de la common law relativement à la fraude en matière de voies de fait. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Jusqu'en 1983, le *Code criminel* prévoyait que le consentement à des rapports sexuels était vicié s'il était obtenu «par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte». Cela reflétait la common law qui limitait la fraude en matière de voies de fait à la nature de l'acte (c'est-à-dire s'il était sexuel ou autre) ou à l'identité du partenaire: J. Smith et B. Hogan, *Criminal Law* (4^e éd. 1978), à la p. 355; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1990), vol. 11(1), au par. 494; voir aussi *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23.

En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel*. Les anciennes infractions de viol et d'attentat à la pudeur ont été remplacées par l'infraction d'agression sexuelle. Une nouvelle disposition concernant le consentement, applicable à tous les types de voies de fait, sexuelles et non sexuelles, a été adoptée.

Il s'agit de décider si, en apportant cette modification, le législateur a voulu élargir l'infraction de voies de fait de sorte que commet un crime la personne qui, atteinte d'une grave maladie vénérienne comme le VIH, a des rapports sexuels non protégés sans divulguer cette maladie à son partenaire.

À l'appui de l'argument que le législateur a voulu s'écarter radicalement de la définition traditionnelle de common law de la fraude en matière de voies de fait, l'appelante invoque le texte de l'al. 265(3)c) (la fraude simplement) et l'arbitraire de la limitation de la fraude à la nature et au caractère de l'acte. À l'encontre de cet argument, l'intimé fait valoir que le changement de formulation s'explique par l'intention de fonder toutes les voies de fait en une seule notion, qu'en l'absence de langage clair on ne saurait présumer que le législateur a voulu élargir radicalement l'infraction de voies de fait, et qu'il y a eu dans le passé et il y a encore aujourd'hui de solides raisons de principe de limiter la fraude en matière de voies de fait et d'agres-

ment would have changed the law without debating the issue.

I agree with the courts below (indeed all courts that have hitherto considered the issue since the adoption of the new definition of fraud), that the submission that Parliament intended to radically broaden the crime of assault by the 1983 amendments must be rejected. I approach the matter from the conviction that the criminalization of conduct is a serious matter. Clear language is required to create crimes. Crimes can be created by defining a new crime, or by redefining the elements of an old crime. When courts approach the definition of elements of old crimes, they must be cautious not to broaden them in a way that in effect creates a new crime. Only Parliament can create new crimes and turn lawful conduct into criminal conduct. It is permissible for courts to interpret old provisions in ways that reflect social changes, in order to ensure that Parliament's intent is carried out in the modern era. It is not permissible for courts to overrule the common law and create new crimes that Parliament never intended.

Against this background, I turn to what Parliament intended when it adopted a new definition of fraud for assault, including sexual assault, in 1983. Can the intent to radically broaden the crime of assault be inferred from the fact that Parliament omitted the old words "nature and quality of the act"? I think not.

First, the phrase "nature and quality of the act" did not state the law as it existed even before 1983. The criminal law of assault is an amalgam of the codified provisions of the *Criminal Code* and the uncodified common law. Prior to 1983, the *Code's* reference to indecent assault described the relevant concept of fraud as fraud as to the "nature and quality of the act". It said nothing about "identity". Yet Canadian courts for over a hundred years accepted that fraud as to identity could negate con-

sion sexuelle, de sorte qu'il est très improbable que le législateur aurait modifié le droit sans débattre la question.

Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure (en fait, avec tous ceux qui, depuis l'adoption de la nouvelle définition de la fraude, ont jusqu'à présent étudié la question) pour dire qu'il faut rejeter l'argument selon lequel le législateur voulait, par les modifications de 1983, élargir radicalement le crime des voies de fait. Mon point de vue sur la question repose sur la conviction que la criminalisation d'une conduite est un sujet sérieux. La création d'un crime doit être exprimée en termes clairs. Il peut s'agir de la définition d'un nouveau crime ou de la redéfinition des éléments d'un ancien crime. Quand les tribunaux abordent la définition des éléments d'un ancien crime, ils doivent prendre garde de ne pas les élargir au point de créer un nouveau crime. Seul le législateur peut créer de nouveaux crimes et transformer une conduite légale en une conduite criminelle. Il est permis aux tribunaux de donner à d'anciennes dispositions une interprétation reflétant des changements sociaux, afin d'assurer que l'intention du législateur continue d'être réalisée à l'époque contemporaine. Il est inacceptable qu'ils écartent la common law pour créer de nouveaux crimes que le législateur n'a jamais voulu créer.

Dans ce contexte, je vais examiner quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a adopté une nouvelle définition de la fraude applicable aux voies de fait, y compris l'agression sexuelle, en 1983. L'intention d'élargir radicalement le crime des voies de fait peut-elle se déduire du fait que le législateur a omis les anciens mots «la nature et le caractère de l'acte»? Je ne le crois pas.

Premièrement, les mots «la nature et le caractère de l'acte» ne représentaient pas l'état du droit même avant 1983. Le droit criminel en matière de voies de fait est un amalgame des dispositions codifiées du *Code criminel* et de la common law non codifiée. Avant 1983, la mention de l'attentat à la pudeur dans le *Code* décrivait la notion de fraude pertinente comme étant la fraude concernant «la nature et le caractère de l'acte». Il n'y était pas question d'«identité». Pourtant, pendant

34

35

36

sent, on the basis of the rule at common law. In 1983 Parliament removed the reference in the *Code* to the other case where the common law recognized fraud vitiating consent to sexual intercourse — fraud as to the nature and quality of the act. The reasonable inference is that Parliament supposed that just as the courts had read “identity” into the criminal law of sexual assault even though the *Code* did not mention it, so the courts would continue to read “nature and quality of the act” into the law even though it was not mentioned. To put it another way, Parliament must be supposed to have expected that the courts would continue to read the *Code* provisions on sexual assault against the background of the common law, unless it used language clearly indicating that it was altering the common law. There is nothing in s. 265 of the *Criminal Code* to indicate an intention to remove the common law limitations on fraud for assault.

37 This conclusion is supported by the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2), which provides that an amending enactment shall not be deemed to involve a declaration of a change in the existing law. Section 45(2) reads:

45. . . .

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

As such, the 1983 amendment of the assault provisions, which removed the qualifier “nature and quality of the act” from the type of fraud sufficient to vitiate consent, should not, in the absence of evidence to the contrary, be taken as a change in the law of assault.

38 This conclusion is also supported by the rule that where a criminal statute is ambiguous, the interpretation that favours the accused is preferred:

plus d’un siècle, les tribunaux canadiens ont admis que la fraude relative à l’identité pouvait annihiler le consentement, compte tenu de la règle applicable en common law. En 1983, le législateur a retiré du *Code* la mention de l’autre cas où la common law reconnaissait que la fraude viciait le consentement à des rapports sexuels — la fraude relative à la nature et au caractère de l’acte. Il est raisonnable de déduire que le législateur a supposé que, tout comme ils avaient considéré que l’«identité» était englobée dans le droit criminel relatif à l’agression sexuelle, les tribunaux continueraient d’interpréter la loi comme incluant «la nature et le caractère de l’acte» même s’il n’en était pas fait mention. Autrement dit, il faut supposer que le législateur s’attendait que les tribunaux continueraient d’interpréter les dispositions du *Code* concernant l’agression sexuelle en fonction de la common law, à moins qu’il n’ait utilisé des mots indiquant clairement qu’il modifiait la common law. Rien dans l’art. 265 du *Code criminel* n’indique l’intention de supprimer les limites de la common law relativement à la fraude en matière de voies de fait.

Cette conclusion est étayée par le par. 45(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui prévoit que la modification d’un texte législatif n’implique pas une déclaration que le droit existant a été modifié. Ce paragraphe se lit ainsi:

45. . . .

(2) La modification d’un texte ne constitue pas ni n’implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l’a édicté, les considérait comme telles.

Aussi la modification apportée en 1983 aux dispositions relatives aux voies de fait, qui a supprimé les mots «la nature et le caractère de l’acte» qui limitaient le type de fraude suffisant pour vicier le consentement, ne devrait pas, en l’absence de preuve contraire, être interprétée comme modifiant le droit applicable en matière de voies de fait.

Cette conclusion est également étayée par la règle voulant que, lorsqu’une loi en matière criminelle est ambiguë, il faille préférer l’interprétation

R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 29 and 60. If the intention of Parliament can be ascertained with reasonable precision, this rule has no place: *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at pp. 676-77. However, where, as in this case, real ambiguities are found, or doubts of substance arise, this established rule of construction applies: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115.

The jurisprudence, without exception, supports the view that Parliament intended to retain the common law definition of fraud for assault. This Court had this to say on the new wording of the fraud provision in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 739:

Parliament did not set foot into new territory when listing the four vitiating factors in s. 265(3). On the contrary it will be seen that, for the most part, that list merely concretized, and made more explicit, basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. Their expression in the Code did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope. The Code just spelled them out more clearly, in a general form. [Emphasis added.]

The issue in *Jobidon* was whether the courts could supplement the list of factors capable of vitiating consent in s. 265(3) on public policy grounds recognized at common law but not reflected in the wording of the *Code*. The Court held that s. 265(3) was not exhaustive and must be read together with the common law. *Jobidon* stands for the established proposition that the common law can supplement the provisions of the *Code*. It also stands for the proposition that the *Criminal Code*, s. 265(3), is a restatement of the common law and not an expansion of it. It does not support the view that the common law definition of fraud in the context of assault can be set aside in favour of the expansive definition of fraud used in the commercial context.

favorable à l'accusé: *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux par. 29 et 60. Cette règle ne s'applique pas si l'intention du législateur peut être déterminée de manière assez précise: *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, aux pp. 676 et 677. Toutefois, si, comme en l'espèce, il existe des ambiguïtés réelles ou des doutes sérieux, cette règle d'interprétation reconnue s'applique: *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115.

La jurisprudence, sans exception, appuie le point de vue selon lequel le législateur a voulu conserver la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Notre Cour s'est exprimée en ces termes sur le nouveau libellé de la disposition relative à la fraude, dans *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 739:

Le législateur ne s'est pas engagé dans un domaine vierge lorsqu'il a énuméré, au par. 265(3), les quatre facteurs qui vicient le consentement. Au contraire, nous verrons qu'en majeure partie cette liste a simplement concrétisé, et rendu plus explicites, les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissaient depuis des siècles, le droit criminel en Angleterre et au Canada. Les dispositions du Code à ce sujet n'exprimaient pas l'intention de supprimer l'ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective. Le Code se contentait de les énoncer plus clairement, d'une manière générale. [Je souligne.]

La question en litige dans l'arrêt *Jobidon* était de savoir si les tribunaux pouvaient compléter la liste que donne le par. 265(3) des facteurs susceptibles de vicier le consentement, pour des raisons d'intérêt public reconnues en common law mais non reflétées dans le libellé du *Code*. La Cour a décidé que le par. 265(3) n'était pas exhaustif et devait s'interpréter conjointement avec la common law. L'arrêt *Jobidon* permet d'affirmer que la common law peut compléter les dispositions du *Code*. Il permet aussi d'affirmer que le par. 265(3) du *Code criminel* reprend la common law sans toutefois l'élargir. Il n'étaye pas le point de vue selon lequel la définition donnée par la common law à la fraude en matière de voies de fait peut être écartée au profit de la définition large de la fraude utilisée dans le contexte commercial.

40 Other courts that have considered the meaning of "fraud" under s. 265(3) since the 1983 amendments have concluded that Parliament cannot be taken to have intended to change the existing law of fraud in assault: *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). All the judges in the courts below who considered this issue in this case were unanimous in the same view.

41 I conclude that the 1983 amendments to the *Criminal Code* did not oust the common law governing fraud in relation to assault. The common law continues to inform the concept of fraud in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

2. *Is it Appropriate for this Court to Change the Law?*

42 Parliament has not changed the common law definition of fraud in relation to assault. This leaves the question of whether this Court should do so.

43 This Court has established a rule for when it will effect changes to the common law. It will do so only where those changes are incremental developments of existing principle and where the consequences of the change are contained and predictable: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. As Iacobucci J. stated in *Salituro*, at p. 670:

... in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

D'autres cours qui ont étudié le sens du mot «fraude» employé au par. 265(3) depuis les modifications de 1983 ont conclu que l'on ne saurait considérer que le législateur a voulu modifier la règle existante de la fraude en matière d'agression sexuelle: *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. Ont. (Div. gén.)). Les juges des tribunaux d'instance inférieure qui ont examiné cette question en l'espèce ont tous exprimé le même avis.

Je conclus que les modifications apportées au *Code criminel* en 1983 n'ont pas écarté la common law applicable à la fraude en matière de voies de fait. La notion de fraude figurant à l'al. 265(3)c) du *Code criminel* continue de s'inspirer de la common law.

2. *Convient-il que notre Cour modifie le droit applicable?*

Le législateur n'a pas modifié la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Il reste à savoir si notre Cour devrait le faire.

Notre Cour a établi une règle pour décider dans quels cas elle va modifier la common law. Elle ne le fera que lorsque ces modifications représentent une évolution progressive d'un principe existant et que leurs conséquences sont circonscrites et prévisibles: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci dans l'arrêt *Salituro*, à la p. 670:

... en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

The question is whether the change to the common law sought in this case falls within this test.

(a) The Courts Should Not Make the Broad Extensions to the Law of Sexual Assault Proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J.

In my respectful view, the broad changes proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J. do not constitute an incremental development of this common law. Rather, they amount to abandoning the common law rule and substituting new principles in its place.

Both L'Heureux-Dubé J. and Cory J. start from the premise that Parliament in 1983 intended to repeal the common law definition of fraud for assault. They divide sharply, however, on what Parliament intended to put in its place. Cory J. says Parliament intended the definition of commercial fraud to apply, subject to limitations. L'Heureux-Dubé J., by contrast, says that Parliament intended any deceit inducing consent to suffice. This divergence illustrates that when judges depart from the rule of incremental change to the common law, they face not only the charge that they are stepping outside the proper constitutional role of the courts, but also the practical problem of finding a new principle to put in place of the existing common law rule. Often the new principle is difficult to find and when found, proves to be an ill fit. This leads to complex ramifications, both on the theoretical and practical level. This case is no exception.

The commercial concept of fraud endorsed by Cory J. in principle vitiates consent to contact whenever there is: (1) deception; resulting in, (2) deprivation. The element of deception is satisfied by the failure to disclose. The element of deprivation is satisfied by exposure to the risk of harm.

The problem with this theory is that failure to disclose virtually any known risk of harm would potentially be capable of vitiating consent to sex-

Il s'agit de décider si le changement de la common law sollicité dans le présent pourvoi satisfait à ce critère.

a) Les tribunaux ne devraient pas apporter au droit en matière d'agression sexuelle les modifications générales proposées par les juges L'Heureux-Dubé et Cory

En toute déférence, j'estime que les modifications générales proposées par les juges L'Heureux-Dubé et Cory ne constituent pas un changement progressif de la common law. Elles représentent plutôt un remplacement de la règle de common law par de nouveaux principes.

Tant le juge L'Heureux-Dubé que le juge Cory tiennent pour acquis, au départ, que le législateur a voulu abroger, en 1983, la définition de common law de la fraude en matière de voies de fait. Leurs opinions divergent nettement, toutefois, sur ce que le législateur entendait lui substituer. Pour le juge Cory, le législateur a voulu que la définition de la fraude commerciale s'applique, sous certaines réserves. Par contre, le juge L'Heureux-Dubé affirme que le législateur avait à l'esprit toute supercherie qui incite à consentir. Cette divergence montre que, lorsque les juges dérogent à la règle du changement progressif de la common law, ils s'exposent non seulement au risque de se voir reprocher de s'écarter de la fonction constitutionnelle légitime des tribunaux, mais encore à la difficulté pratique de remplacer la règle de common law par un nouveau principe. Souvent le nouveau principe est difficile à trouver et une fois trouvé, s'avère inadéquat. Cela a des conséquences complexes tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. La présente affaire ne fait pas exception.

Selon le concept de la fraude commerciale que préconise le juge Cory, le consentement à tout contact est en principe vicié s'il y a (1) tromperie entraînant (2) privation. Il y a tromperie s'il y a omission de divulguer. Il y a privation s'il y a exposition au risque de préjudice.

Le problème que pose cette thèse c'est que l'omission de divulguer pratiquement n'importe quel risque connu de préjudice serait susceptible

44

45

46

47

ual intercourse. The commercial fraud theory of consent offers no principled rationale for allowing some risks to vitiate consent to sex but excluding others. For example, pregnancy may be regarded as a deprivation in some circumstances, as may be the obligation to support a child. It follows that lying about sterility or the effectiveness of birth control may constitute fraud vitiating consent. To take another example, lies about the prospect of marriage or false declarations of affection inducing consent, carry the risk of psychological suffering, depression and other consequences readily characterized as deprivation. The proposed rule thus has the potential to criminalize a vast array of sexual conduct. Deceptions, small and sometimes large, have from time immemorial been the by-product of romance and sexual encounters. They often carry the risk of harm to the deceived party. Thus far in the history of civilization, these deceptions, however sad, have been left to the domain of song, verse and social censure. Now, if the Crown's theory is accepted, they become crimes.

de vicier le consentement à des rapports sexuels. La thèse de la fraude commerciale en matière de consentement n'offre aucune raison fondée sur des principes de permettre que certains risques vicient le consentement à des rapports sexuels, mais non d'autres. Par exemple, la grossesse peut être considérée comme une privation dans certaines circonstances, tout comme l'obligation de subvenir aux besoins d'un enfant. Il s'ensuit que le mensonge au sujet de la stérilité ou de l'efficacité d'un moyen de contraception peut constituer une fraude viciant le consentement. De même, les mensonges au sujet de l'éventualité d'un mariage ou les fausses déclarations d'amour incitant à consentir risquent d'entraîner des souffrances morales, la dépression et d'autres conséquences pouvant facilement être qualifiées de privation. La règle proposée est donc susceptible de criminaliser une large gamme de comportements sexuels. Des tromperies mineures et parfois majeures accompagnent, de temps immémorial, les idylles et les relations sexuelles. Elles comportent souvent un risque de préjudice pour la personne trompée. Jusqu'à ce jour dans l'histoire des civilisations, ces tromperies, si tristes soient-elles, ont inspiré des chansons, des poèmes et la réprobation sociale. Maintenant, si la thèse du ministère public est acceptée, on en fait des crimes.

48

Cory J., recognizing the overbreadth of the theory upon which he founds his reasons, attempts to limit it by introducing an *ad hoc* qualifier: there must be a "significant risk of serious bodily harm" before consent is vitiated. This limitation, far from solving the problem, introduces new difficulties. First, it contradicts the general theory that deception coupled with risk of deprivation suffices to vitiate consent. A new theory is required to explain why some, but not all kinds of fraud, convert consensual sex into assault. Yet none is offered. Second, it introduces uncertainty. When is a risk significant enough to qualify conduct as criminal? In whose eyes is "significance" to be determined — the victim's, the accused's or the judge's? What is the ambit of "serious bodily harm"? Can a bright line be drawn between psychological harm and bodily harm, when the former may lead to depression, self-destructive behaviour and in extreme

Reconnaissant la portée excessive de la thèse sur laquelle reposent ses motifs, le juge Cory essaie de la limiter en ajoutant une réserve particulière: il doit y avoir un «risque important de lésions corporelles graves» pour que le consentement soit vicié. Cette restriction, loin de régler le problème, soulève de nouvelles difficultés. Premièrement, elle contredit la thèse générale selon laquelle la tromperie conjuguée au risque de privation suffit pour vicier le consentement. Une autre thèse est nécessaire pour expliquer pourquoi seulement certains types de fraude transforment des rapports sexuels consensuels en voies de fait. Pourtant aucune n'est présentée. Deuxièmement, cette restriction cause une incertitude. Dans quels cas le risque est-il assez important pour qu'une conduite soit qualifiée de criminelle? Aux yeux de qui l'«importance» doit-elle être déterminée — ceux de la victime, de l'accusé ou du juge? Quelle est la portée des mots

cases suicide? The criminal law must be certain. If it is uncertain, it cannot deter inappropriate conduct and loses its *raison d'être*. Equally serious, it becomes unfair. People who believe they are acting within the law may find themselves prosecuted, convicted, imprisoned and branded as criminals. Consequences as serious as these should not turn on the interpretation of vague terms like "significant" and "serious". Finally, Cory J.'s limitation of the new crime to significant and serious risk of harm amounts to making an *ad hoc* choice of where the line between lawful conduct and unlawful conduct should be drawn. This Court, *per* Lamer C.J., has warned that making *ad hoc* choices is properly the task of the legislatures, not the courts: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707.

Another cause for concern is that the extension of the criminal law of assault proposed by Cory J. represents a curtailment of individual liberty sufficient to require endorsement by Parliament. The equation of non-disclosure with lack of consent oversimplifies the complex and diverse nature of consent. People can and do cast caution to the winds in sexual situations. Where the consenting partner accepts the risk, non-disclosure cannot logically vitiate consent. Non-disclosure can vitiate consent only where there is an assumption that disclosure will be made, and that if HIV infection were disclosed, consent would be refused. Where a person consents to take a risk from the outset, non-disclosure is irrelevant to consent. Yet the proposed test would criminalize non-disclosure nonetheless. This effectively writes out consent as a defence to sexual assault in such cases. The offence of sexual assault is replaced by a new

«lésions corporelles graves»? Est-il possible d'établir une ligne de démarcation claire entre le préjudice psychologique et les lésions corporelles, compte tenu du fait que le premier peut entraîner la dépression, un comportement autodestructeur et, dans certains cas extrêmes, le suicide? La certitude est essentielle au droit criminel. S'il est incertain, il ne peut pas dissuader d'adopter un comportement inapproprié et perd sa raison d'être. Et ce qui est tout aussi grave, il devient inéquitable. Des personnes qui croient agir conformément à la loi peuvent se retrouver poursuivies, déclarées coupables, emprisonnées et étiquetées comme criminels. Des conséquences aussi sérieuses ne doivent pas dépendre de l'interprétation de mots vagues comme «important» et «grave». Finalement, en limitant le nouveau crime aux cas comportant un risque important de préjudice, le juge Cory fait un choix particulier quant à savoir où devrait être tracée la ligne de démarcation entre ce qui est légal et ce qui est illégal. Notre Cour, par l'intermédiaire du juge en chef Lamer, a prévenu qu'il appartient au législateur et non aux tribunaux de faire des choix particuliers: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 707.

Un autre sujet de préoccupation réside dans le fait que l'élargissement du droit criminel en matière de voies de fait, proposé par le juge Cory, représente une réduction de la liberté individuelle suffisante pour nécessiter la sanction du législateur. L'assimilation de la non-divulgence à l'absence de consentement simplifie à l'extrême la nature complexe et variée du consentement. Dans leur vie sexuelle, il peut arriver et il arrive que les gens fassent fi de toute prudence. Quand le partenaire consentant accepte le risque, la non-divulgence ne peut pas logiquement vicier le consentement. La non-divulgence ne peut vicier le consentement que dans les cas où l'on suppose qu'il y aurait divulgation et que le consentement serait refusé si la séropositivité était divulguée. Quand une personne consent à courir un risque au départ, la non-divulgence n'est pas pertinente pour ce qui est du consentement. Le critère proposé criminaliserait néanmoins la non-divulgence. Cela a pour effet d'écarter le consentement comme moyen de défense contre l'accusation d'agression

offence — the offence of failure to disclose a serious risk.

sexuelle en pareil cas. L'infraction d'agression sexuelle est remplacée par une nouvelle infraction — l'infraction d'omission de divulguer un risque grave.

50

Another way of putting the same point is to say that Cory J.'s approach omits the requirement that the fraud must induce the consent. At common law, fraud as to the nature of the act vitiates consent only if it induces the consent. By saying that non-disclosure itself suffices to vitiate consent, the causal requirement is eliminated. The defendant is guilty even in cases where the complainant would have consented anyway. This leads to the further problem that there would appear to be no deprivation, as required for commercial fraud, on which Cory J.'s theory is supposedly founded. Criminal liability is generally imposed only for conduct which causes injury to others or puts them at risk of injury. Yet on Cory J.'s theory of criminal liability for sex without disclosure, criminal liability could be imposed for conduct that is causally unrelated to harm or risk of harm. This in turn creates problems with respect to *mens rea* and raises the possibility that the new crime may violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Autrement dit, la solution du juge Cory ne tient pas compte de l'exigence que la fraude incite à consentir. En common law, la fraude concernant la nature de l'acte ne vicie le consentement que si elle incite à consentir. Si l'on dit que la non-divulgaration est suffisante en soi pour vicier le consentement, l'exigence de causalité est supprimée. Le défendeur serait coupable même dans le cas où le plaignant aurait consenti de toute façon. L'autre problème qui résulterait serait l'absence apparente de la privation, requise en matière de fraude commerciale, sur laquelle la thèse du juge Cory est censée reposer. La responsabilité criminelle n'est généralement imputée que pour la conduite qui cause ou risque de causer des blessures à autrui. Pourtant, selon la thèse du juge Cory concernant la responsabilité criminelle pour les rapports sexuels sans divulgation, une telle responsabilité pourrait être imputée pour une conduite n'ayant aucun lien de causalité avec un préjudice ou un risque de préjudice. Cela engendre, à son tour, des problèmes de *mens rea* et soulève la possibilité que le nouveau crime viole la *Charte canadienne des droits et libertés*.

51

L'Heureux-Dubé J. correctly identifies the theoretical and practical indefensibility of introducing commercial notions of fraud and then limiting them on an *ad hoc* basis. Having concluded that Parliament intended to repeal the common law rule that fraud vitiating consent in assault is limited to the nature and quality of the act, she endorses a new, unqualified view of fraud as any deceit inducing consent to contact. This new definition of fraud is said to be based on the "objectives and context of . . . the assault scheme" under the *Criminal Code*, despite the absence of evidence that Parliament discussed or considered the matter. On the assumption that Parliament intended to broaden the provisions — indeed to throw them wide open — it is concluded that "fraud is simply about whether the dishonest act in question induced

Le juge L'Heureux-Dubé souligne à juste titre qu'il est indéfendable, sur les plans théorique et pratique, de recourir à des notions de fraude commerciale, pour ensuite les limiter en fonction de chaque cas particulier. Ayant conclu que le législateur a voulu abroger la règle de common law selon laquelle seule la fraude concernant la nature et le caractère de l'acte viciait le consentement en matière de voies de fait, elle prône une nouvelle conception qui n'est assortie d'aucune réserve et selon laquelle toute supercherie incitant à consentir à un contact constitue une fraude. Cette nouvelle définition de la fraude est basée, dit-elle, sur les «objectifs et [le] contexte [. . .] du régime des voies de fait» établi par le *Code criminel*, malgré l'absence de preuve que le législateur a débattu ou étudié la question. En supposant que le législateur

another to consent to the ensuing physical act" (para. 16).

The first difficulty with this position is that it involves an assumption of Parliamentary intent to change the common law of fraud for assault that is not, as I argue earlier, valid. The second difficulty is that this approach vastly extends the offence of assault. Henceforward, any deception or dishonesty intended to induce consent to touching, sexual or non-sexual, vitiates the consent and makes the touching a crime. Social touching hitherto rendered non-criminal by the implied consent inherent in the social occasion — the handshake or social buss — are transformed by fiat of judicial pen into crimes, provided it can be shown that the accused acted dishonestly in a manner designed to induce consent, and that the contact was, viewed objectively, induced by deception. No risk need be established, nor is there any qualifier on the nature of the deception. Will alluring make-up or a false moustache suffice to render the casual social act criminal? Will the false promise of a fur coat used to induce sexual intercourse render the resultant act a crime? The examples are not frivolous, given the absence of any qualifiers on deception. A third difficulty is that this approach, like that of Cory J., suffers from imprecision and uncertainty. The test is said to be objective. Yet what constitutes deception is by its very nature highly subjective. One person's blandishment is another person's deceit, and on this theory, crime.

Not only is the proposed extension of the law sweeping, it is unprecedented. We have been told of no courts or legislatures in this or other countries that have gone so far. To the extent that Canadian law has criminalized deception, it has done so only where the deception results in actual harm or

a voulu élargir les dispositions — voire en supprimer toute limite —, elle conclut qu'«il y a fraude simplement si l'acte malhonnête en cause a incité une autre personne à consentir à un acte physique» (par. 16).

La première difficulté que soulève ce point de vue est qu'il suppose notamment que le législateur a voulu changer la common law régissant la fraude en matière de voies de fait, laquelle supposition n'est pas valide, comme je l'ai fait valoir antérieurement. La deuxième difficulté réside dans le fait que ce point de vue élargit considérablement l'infraction de voies de fait. Désormais, toute tromperie ou malhonnêteté destinée à inciter à consentir à un attouchement sexuel ou autre vicie le consentement et en fait un crime. L'attouchement social qui, jusque-là, était non criminel en raison du consentement implicite inhérent à une rencontre sociale — poignée de main ou bise — est transformé par décision judiciaire en crime, pourvu qu'il soit possible de démontrer que l'accusé a agi malhonnêtement de manière à inciter à consentir et que le contact a, objectivement parlant, résulté de la tromperie. Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un risque et la nature de la tromperie ne fait pas non plus l'objet d'une restriction. Le maquillage attrayant ou la fausse moustache suffiront-ils pour criminaliser un acte social fortuit? La fausse promesse d'un manteau de fourrure destinée à inciter à avoir des rapports sexuels fera-t-elle de l'acte résultant un crime? Ces exemples ne sont pas superficiels, étant donné l'absence de toute restriction attachée à la tromperie. Une troisième difficulté réside dans le fait que cette solution, à l'instar de celle du juge Cory, est imprécise et incertaine. On dit que ce critère est objectif. Or, la tromperie est, de par sa nature même, très subjective. Ce qui est flatterie pour une personne est supercherie pour une autre personne, et un crime, selon cette thèse.

Non seulement l'élargissement du droit proposé est-il radical, mais encore il est sans précédent. On ne nous a mentionné aucun tribunal ni aucune assemblée législative de notre pays ou d'ailleurs qui soit allé aussi loin. Dans la mesure où le droit canadien a criminalisé la tromperie, c'est seule-

a risk of harm. The rule proposed by L'Heureux-Dubé J. would eliminate the need to show risk of harm and make deception alone the condition of criminal responsibility for sexual contact. Overbreadth on this scale cannot be cured by administrative action. Prosecutorial deference cannot compensate for overextension of the criminal law; it merely replaces overbreadth and uncertainty at the judicial level with overbreadth and uncertainty at both the prosecutorial level and the judicial level.

54

The theoretical difficulties with both proposals put forward by my colleagues are matched by the practical problems they would introduce. The changes proposed are of great consequence. The law does not presently make it an offence to engage in sexual contact without disclosing to one's partner possible risks, as Cory J. proposes. Nor does it make every deception inducing consent to physical contact a crime, as L'Heureux-Dubé J. proposes. What we know about the spread of HIV and other venereal diseases suggests that thousands of people engage in just such conduct every day. Henceforward, if the sweeping changes suggested are accepted, these people will be criminals, subject to investigation, prosecution and imprisonment. Literally millions of acts, which have not to date been regarded as criminal, will now be criminalized. Individual liberty will be curtailed. Police, prosecutors, the courts and the prisons will be dramatically affected. Such a change, if it is to be made, is best made by Parliament after full debate as to its ramifications and costs.

55

The broad extensions of the law proposed by my colleagues may also have an adverse impact on the fight to reduce the spread of HIV and other serious sexually transmitted diseases. Public health workers argue that encouraging people to come forward

ment dans les cas où elle cause un préjudice réel ou un risque de préjudice. La règle proposée par le juge L'Heureux-Dubé éliminerait la nécessité de prouver le risque de préjudice et ferait de la tromperie l'unique condition de la responsabilité criminelle relative à un contact sexuel. Aucune action administrative ne peut corriger une portée aussi excessive. La retenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ne peut pas compenser l'élargissement excessif du droit criminel; elle ne fait que substituer à la portée excessive et à l'incertitude au niveau judiciaire la portée excessive et l'incertitude à la fois au niveau de l'engagement des poursuites et au niveau judiciaire.

Aux difficultés théoriques que soulèvent les deux propositions avancées par mes collègues s'ajoutent les problèmes pratiques qu'elles poseraient. Les changements proposés ont de graves conséquences. Selon l'état actuel du droit, ne constitue pas une infraction le fait d'avoir un contact sexuel sans en divulguer les risques possibles à son partenaire, comme le propose le juge Cory. Ne constitue pas non plus un crime toute tromperie incitant à consentir à un contact physique, comme le propose le juge L'Heureux-Dubé. D'après ce que nous savons sur la propagation du VIH et d'autres maladies vénériennes, il ressort que, chaque jour, des milliers de personnes adoptent précisément cette conduite. Désormais, si les changements radicaux proposés sont acceptés, ces personnes seront des criminels susceptibles de faire l'objet d'une enquête, d'être poursuivis et d'être emprisonnés. Littéralement, des millions d'actes qui, jusqu'ici, n'ont pas été tenus pour criminels seront désormais criminalisés. La liberté individuelle sera restreinte. Les répercussions sur la police, les poursuivants, les tribunaux et les prisons seront dramatiques. Il vaut mieux que pareil changement, s'il est nécessaire, soit apporté par le législateur à la suite d'une discussion complète des conséquences et des coûts.

Les élargissements importants du droit proposés par mes collègues risquent également de nuire à la lutte contre la propagation du VIH et des autres maladies graves transmissibles sexuellement. Les travailleurs du secteur de l'hygiène publique font

for testing and treatment is the key to preventing the spread of HIV and similar diseases, and that broad criminal sanctions are unlikely to be effective: J. D. McGinnis, "Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS" (1990), 22 *Ottawa L. Rev.* 49, at p. 59. Criminalizing a broad range of HIV related conduct will only impair such efforts. Moreover, because homosexuals, intravenous drug users, sex trade workers, prisoners, and people with disabilities are those most at risk of contracting HIV, the burden of criminal sanctions will impact most heavily on members of these already marginalized groups. The material before the Court suggests that a blanket duty to disclose may drive those with the disease underground: see, for example, R. Elliot, *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report* (March 1997); J. M. Dwyer, "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus" (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167; S. V. Kenney, "Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future" (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245; T. W. Tierney, "Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis" (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

These considerations suggest that the broad changes to the criminal law proposed by L'Heureux-Dubé J. and Cory J. will have complex ramifications. Parliament is better equipped than the courts to foresee the ramifications of such sweeping changes and make the necessary value choices. It can debate. It can commission studies. It can have public hearings across the country, should it deem this necessary. Through such means it may arrive at a considered conclusion as to whether such sweeping changes should be adopted.

I conclude that, attractive as the blanket criminalization of non-disclosure of risk or deceit inducing consent to contact may seem at first

valoir qu'encourager les gens à subir un test de dépistage et à se faire traiter est la clef de la prévention de la propagation du VIH et de maladies similaires, et que des sanctions pénales générales seront vraisemblablement inefficaces: J. D. McGinnis, «Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS» (1990), 22 *R.D. Ottawa* 49, à la p. 59. Criminaliser un large éventail de comportements liés au VIH ne fera que nuire à ces efforts. De plus, comme ce sont les homosexuels, les toxicomanes qui se piquent, les personnes qui se livrent à la prostitution, les prisonniers et les personnes handicapées qui risquent le plus d'être infectés par le VIH, c'est surtout chez les membres de ces groupes déjà marginalisés que se fera sentir le fardeau des sanctions pénales. D'après la documentation soumise à la Cour, il ressort qu'une obligation générale de divulguer est susceptible de pousser à la clandestinité les personnes atteintes de cette maladie: voir, par exemple, R. Elliot, *Droit criminel et VIH/sida: rapport final* (mars 1997); J. M. Dwyer, «Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus» (1993), 9 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 167; S. V. Kenney, «Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future» (1992), 8 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245; T. W. Tierney, «Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis» (1992), 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 475.

Ces considérations donnent à penser que les importants changements que les juges L'Heureux-Dubé et Cory proposent d'apporter au droit criminel auront des conséquences complexes. Le législateur est, plus que les tribunaux, en mesure de prévoir les conséquences de changements aussi radicaux et de faire les choix de valeur requis. Il peut débattre la question. Il peut commander des études. Il peut tenir des audiences publiques dans toutes les régions du pays, s'il le juge utile. Par ces moyens il peut décider, de manière réfléchie, s'il y a lieu d'apporter ces changements radicaux.

Je conclus que, aussi attrayante que puisse paraître à première vue la criminalisation générale de la non-divulgence du risque, ou de la superche-

blush, the theoretical and practical difficulties involved in extensions of this magnitude are prohibitive of judicial action. The version of the new offence adopted by Cory J. violates the theory upon which it is erected; if consent is revoked by fraud in the commercial sense of deception producing risk of deprivation, there is no basis for limiting the vitiation of consent to significant risk of serious bodily harm, whatever that may mean. The version advocated by L'Heureux-Dubé J. avoids this logical pitfall, but at the price of over-extension. Neither version, with respect, provides a satisfactory foundation for the attribution of criminal responsibility, and both versions would introduce changes with serious ramifications for individuals, law enforcement agencies and those struggling in the war against HIV. Such changes fall outside the proper sphere of judicial law reform.

(b) A Smaller, Incremental Change Can Be Made

58

I have concluded that the broad-based proposals for changing the law put forward by my colleagues go much further than the incremental change to the common law permitted to courts. However, it does not follow that all change to the law of assault is barred. It is open to courts to make incremental changes by extending the common law concepts of nature of the act and identity, provided the ramifications of the changes are not overly complex. Before the appeal can be rejected, it is necessary to consider whether this can be done.

59

It is the proper role of the courts to update the common law from time to time to bring it into harmony with the changing needs and mores of society: *Salituro, supra*. This applies to the common law concept of fraud in relation to assault. In *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, a majority of the Ontario Court of Appeal held that a man who secured sexual contact by falsely holding himself out to be a doctor had committed a fraud as to the

rie incitant à consentir à un contact, les difficultés théoriques et pratiques que soulève un élargissement d'une telle ampleur empêchent les tribunaux d'agir. La version de la nouvelle infraction adoptée par le juge Cory viole la thèse sur laquelle elle repose; si le consentement est révoqué par la fraude au sens de ce terme dans le contexte commercial, à savoir la tromperie engendrant un risque de privation, rien ne justifie de limiter le vice de consentement au risque important de lésions corporelles graves, quel que soit le sens de cette expression. La version préconisée par le juge L'Heureux-Dubé évite ce piège logique, mais au prix d'un élargissement excessif. En toute déférence, ni l'une ni l'autre de ces versions n'offre de raison suffisante pour imputer une responsabilité criminelle, et les deux versions introduiraient des changements ayant des conséquences graves pour les individus, les organismes chargés d'appliquer la loi et ceux qui livrent la lutte contre le VIH. Pareils changements excèdent la compétence des tribunaux au chapitre de la réforme du droit.

b) Un changement progressif moins important est possible

J'ai conclu que les propositions générales de changement du droit que formulent mes collègues vont beaucoup plus loin que le changement progressif de la common law que les tribunaux sont autorisés à réaliser. Toutefois, il ne s'ensuit pas que toute modification du droit en matière de voies de fait est interdite. Il est loisible aux tribunaux de réaliser des changements progressifs en élargissant les notions de common law de la nature de l'acte et de l'identité, à la condition que les conséquences de ces changements ne soient pas trop complexes. Il est nécessaire d'examiner si cela peut être fait avant de pouvoir rejeter le pourvoi.

Il convient que les tribunaux procèdent, à l'occasion, à la mise à jour de la common law pour qu'elle suive l'évolution des besoins et des moeurs de la société: *Salituro, précité*. Cela s'applique à la notion de common law de la fraude en matière de voies de fait. Dans *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, à la majorité, qu'un homme qui avait obtenu un contact sexuel en se faisant passer pour un médecin

nature and quality of the act. In rejecting a strict interpretation of the phrase “nature and quality of the act” found in the *Criminal Code*, Hartt J. (*ad hoc*) stated, at p. 153:

... the words “nature and quality of the act” ... should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question.

In order to determine the ambit of the common law on consent to contact, and in particular sexual contact, it is necessary to consider the history of the common law on consent in the context of assault and the origin of the phrase “nature of the act”.

Prior to *Clarence, supra*, the common law held that deceit as to the fact that one had a venereal disease was capable of vitiating consent to intercourse. *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, and *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, had established that consent to sexual intercourse could be vitiated by the failure to disclose infection with a venereal disease. In *Bennett*, at p. 925 E.R., Willes J. stated:

But although the girl may have consented to sleep, and therefore to have connexion with her uncle, yet, if she did not consent to the aggravated circumstances, *i.e.*, to connexion with a diseased man, and a fraud was committed on her, the prisoner’s act would be an assault by reason of such fraud. An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault.

In *Sinclair*, at p. 29, Shee J. applied *Bennett* and instructed the jury:

avait commis une fraude concernant la nature et le caractère de l’acte. Repoussant une interprétation stricte de l’expression «la nature et le caractère de l’acte» contenue dans le *Code criminel*, le juge Hartt (*ad hoc*) a affirmé, à la p. 153:

[TRADUCTION] ... les mots «la nature et le caractère de l’acte» [...] ne devraient pas être interprétés strictement au point de ne viser que l’acte concret qui a été accompli, mais devraient plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à l’acte en cause.

Pour déterminer la portée de la common law concernant le consentement à un contact et, en particulier, à un contact sexuel, il est nécessaire d’examiner l’historique de la common law relative au consentement en matière de voies de fait et l’origine de l’expression «la nature de l’acte».

Avant la décision *Clarence*, précitée, il était reconnu en common law que la supercherie quant au fait qu’une personne avait une maladie vénérienne était susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels. Les décisions *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, et *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, avaient établi que le consentement à des relations sexuelles pouvait être vicié par l’omission de divulguer une maladie vénérienne. Dans la décision *Bennett*, le juge Willes dit ceci (à la p. 925 E.R.):

[TRADUCTION] Mais bien que la jeune fille puisse avoir consenti à coucher et donc à avoir des rapports avec son oncle, il reste que, si elle n’a pas consenti aux circonstances aggravantes, c’est-à-dire les rapports sexuels avec un homme malade, et qu’elle a été victime d’une fraude, l’acte accompli par l’accusé constituera des voies de fait en raison de cette fraude. Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l’accusé, qui savait qu’il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l’a infectée alors qu’elle ignorait son état, tout consentement qu’elle peut avoir donné sera vicié, et l’accusé sera coupable d’attentat à la pudeur.

Dans la décision *Sinclair*, à la p. 29, le juge Shee a appliqué la décision *Bennett* et donné au jury les directives suivantes:

60

61

If he knew that he had such a disease, and that the probable consequence would be its communication to the girl, and she in ignorance of it consented to the connection, and you are satisfied that she would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of assault. . . .

62 In addition to deceit as to venereal disease, the common law recognized deceit as to identity (*R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468) and deceit as to whether the act was a medical procedure as opposed to a sexual act, as being capable of vitiating consent to sexual intercourse (*R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410).

63 *Bennett and Sinclair* were disapproved of in *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145. *Hegarty* involved a civil action for assault and breach of promise of marriage. After having intercourse out of wedlock for a year and becoming pregnant, the plaintiff discovered she and her baby had contracted syphilis from the defendant, who had concealed his condition. The Court of Appeal dismissed the plaintiff's claim on the ground of *ex turpi causa* because they deemed the acts to be immoral and illegal. In particular, the judges held that there was no duty to disclose in such an immoral relation. Ball C. observed, at p. 147:

We are not dealing with deceit as to the nature of the act to be done, such as occurred in the case cited in argument, of the innocent girl who was induced to believe that a surgical operation was being performed. There was here a lengthened cohabitation of the parties, deliberate consent to the act or acts out of which the cause of action has arisen. If deceit by one of them as to the condition of his health suffices to alter the whole relation in which they otherwise were to each other, so as to transform the intercourse between them into an assault on the part of the defendant, why should not any other deceit have the same effect? Suppose a woman to live with her paramour under and with a distinct and reiterated promise of marriage not fulfilled, nor, it may be, intended to be fulfilled, is every separate act of intercourse an

[TRADUCTION] S'il savait qu'il était atteint de cette maladie et qu'il la transmettrait probablement à la jeune fille, qui, ignorant ce fait, a consenti à la relation, et que vous êtes convaincus qu'elle n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, alors son consentement est vicié par la supercherie dont elle a été victime, et l'accusé sera coupable de voies de fait . . .

Outre la supercherie concernant une maladie vénérienne, la common law a reconnu que la supercherie concernant l'identité (*R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468), ainsi que la supercherie touchant la question de savoir si l'acte était un acte médical au lieu d'un acte sexuel, étaient susceptibles de vicier le consentement à des rapports sexuels (*R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410).

Les décisions *Bennett* et *Sinclair* ont été critiquées dans *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145. Dans *Hegarty*, il était question d'une action civile pour voies de fait et rupture de promesse de mariage. Après avoir eu, pendant un an, des rapports sexuels en dehors des liens du mariage et être devenue enceinte, la demanderesse avait découvert qu'elle et son bébé avait contracté la syphilis du défendeur, qui avait dissimulé son état de santé. La Cour d'appel a rejeté l'action de la demanderesse sur la base de la règle *ex turpi causa* parce qu'elle a considéré que les actes étaient immoraux et illégaux. Les juges ont conclu, en particulier, qu'il n'existait aucune obligation de divulguer dans une telle relation immorale. Le juge Ball a fait observer ce qui suit, à la p. 147:

[TRADUCTION] Il n'est pas question ici de supercherie quant à la nature de l'acte devant être accompli, comme cela s'est produit dans le cas, cité au cours des plaidoiries, de la jeune fille innocente qui a été amenée à croire qu'une intervention chirurgicale était pratiquée. Il y a eu, en l'espèce, une longue cohabitation des parties, un consentement délibéré à l'acte ou aux actes ayant donné naissance à la cause d'action. Si une supercherie de la part d'une des parties quant à son état de santé suffit à modifier l'ensemble de la relation qui existait par ailleurs entre elles, de manière à transformer leurs rapports sexuels en voies de fait de la part du défendeur, pourquoi toute autre supercherie n'aurait-elle pas le même effet? Supposons qu'une femme vive avec son amant, qui lui a clairement promis, à maintes reprises, de l'épouser sans remplir sa promesse ni même peut-être avoir eu l'intention de la remplir, chaque rapport sexuel

assault? . . . No one, I think, would be prepared to answer these questions in the affirmative.

The majority in *Clarence*, *supra*, noting these comments in *Hegarty*, overruled the cases that had held that deceit as to venereal disease could vitiate consent. Venereal disease, in the majority's view, did not go to the nature of the act. That phrase was confined to whether the act was sexual or non-sexual, as in the "medical act" cases: *Flattery*, *supra*; *R. v. Case* (1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381. Stephen J. expressed concern that once the law ventured beyond the type of act (i.e., sexual or non-sexual) and the identity of the perpetrator, no clear line could be drawn between deceptions which should not properly engage the criminal law, and deceptions which could. In essence, the majority's view has stood as law ever since. When Parliament enacted the *Criminal Code* in 1892, the drafters added "quality" of the act to "nature" in describing the type of fraud capable of vitiating consent: *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, ss. 259 and 266. However, it is unclear what, if anything, that this added to the original common law phrase "nature of the act".

Against this background, I return to the conditions for court-made change. The basic precondition of such change is that it is required to bring the law into step with the changing needs of society. This established, the change must meet the condition of being an incremental development of the common law that does not possess unforeseeable and complex ramifications.

In the case at bar, I am satisfied that the current state of the law does not reflect the values of Canadian society. It is unrealistic, indeed shocking, to think that consent given to sex on the basis that one's partner is HIV-free stands unaffected by blatant deception on that matter. To put it another way, few would think the law should condone a

constitue-il des voies de fait? [. . .] Personne, à mon avis, ne serait disposé à répondre par l'affirmative à ces questions.

Soulignant ces commentaires formulés dans la décision *Hegarty*, les juges majoritaires dans l'affaire *Clarence*, précitée, ont renversé les décisions où il avait été conclu que la supercherie au sujet d'une maladie vénérienne était susceptible de vicier le consentement. Selon les juges formant la majorité, la maladie vénérienne ne touchait pas la nature de l'acte. Cette expression ne concernait que la question de savoir si l'acte était sexuel ou non, comme dans les affaires d'«actes médicaux»: *Flattery*, précité; *R. c. Case* (1850), 1 Den. 580, 69 E.R. 381. Le juge Stephen a dit craindre que, dès que le droit irait au-delà du type d'acte (c'est-à-dire sexuel ou non sexuel) et de l'identité du contrevenant, aucune ligne de démarcation nette ne puisse être tracée entre les tromperies qui ne devraient pas déclencher à juste titre l'application du droit criminel et celles qui pourraient le faire. L'opinion des juges majoritaires représente essentiellement depuis lors l'état du droit. Lorsque le législateur a adopté le *Code criminel* en 1892, les rédacteurs ont ajouté le «caractère» de l'acte à sa «nature» pour décrire le type de fraude susceptible de vicier le consentement: *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 259 et 266. Toutefois, il n'est pas clair que cela ait ajouté quoi que ce soit à l'expression initiale de common law «la nature de l'acte».

Dans ce contexte, je reviens aux conditions auxquelles les tribunaux peuvent effectuer un changement. La condition préalable fondamentale d'un tel changement est qu'il soit nécessaire pour que le droit suive l'évolution des besoins de la société. Une fois cette nécessité établie, il doit s'agir d'un changement progressif de la common law qui n'aura pas de conséquences imprévisibles et complexes.

Dans la présente affaire, je suis persuadée que l'état actuel du droit ne reflète pas les valeurs de la société canadienne. Il est irréaliste, voire scandaleux, de penser que le consentement à des rapports sexuels donné parce que le partenaire est séronégatif n'est pas touché par une tromperie flagrante à ce sujet. Autrement dit, peu de gens estimerait

64

65

66

person who has been asked whether he has HIV, lying about that fact in order to obtain consent. To say that such a person commits fraud vitiating consent, thereby rendering the contact an assault, seems right and logical.

67 Prior to *Clarence*, the common law recognized that deception as to sexually transmitted disease carrying a high risk of infection, constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse. Returning the law to this position would represent an incremental change to the law. If it was an increment to reverse the previous common law rule that deceit as to venereal disease could vitiate consent, it is no greater increment to reverse that decision and return to the former state of the law. The change is, moreover, consistent with Parliament's 1983 amendment of the *Criminal Code* to remove the phrase "nature and quality of the act", which suggests that Parliament, while retaining the common law of fraud in relation to consent negating assault, did not wish to freeze the restrictive mould of *Clarence*.

68 The final and most difficult question is whether the change would introduce complex and unforeseeable changes of the sort better left to Parliament. The first objection under this head is that made by Stephen J. in *Clarence*, that no clear line can be drawn between criminal and non-criminal conduct once the law leaves the certainty of the dual criteria of nature of the act in the sense of whether it was sexual or non-sexual, and the identity of the perpetrator. The argument is made that to go beyond these criteria would be to open the door to convictions for assault in the case, for example, where a man promises a woman a fur coat in return for sexual intercourse: *Fifteenth Report of the Criminal Law Revision Committee on Sexual Offences* (Cmnd 9213), cited with

que le droit devrait pardonner à la personne qui, s'étant fait demander si elle était séropositive, a menti à ce sujet afin d'obtenir un consentement. Il semble logique et juste d'affirmer que cette personne commet une fraude viciant le consentement, transformant ainsi le contact en voies de fait.

Avant la décision *Clarence*, la common law reconnaissait que la tromperie quant à une maladie transmissible sexuellement et très contagieuse constituait une fraude viciant le consentement à des rapports sexuels. Revenir à cette position représenterait un changement progressif du droit. Si le renversement de la règle antérieure de common law voulant que la supercherie concernant une maladie vénérienne puisse vicier le consentement représentait un changement progressif, l'infirmité de cette décision et le retour à l'état antérieur du droit ne représenteraient pas un changement progressif plus grand. Ce changement est, en outre, compatible avec la modification que le législateur a apportée au *Code criminel* en 1983 lorsqu'il a supprimé l'expression «la nature et le caractère de l'acte», qui porte à croire que, même s'il a conservé la common law régissant la fraude relative au consentement qui permet de réfuter les voies de fait, le législateur n'a pas voulu figer le moule restrictif de la décision *Clarence*.

La dernière question, qui est la plus difficile, est de savoir si le changement apporterait le genre de modifications complexes et imprévisibles qu'il serait préférable de laisser au législateur le soin d'apporter. La première objection à ce chapitre est celle soulevée par le juge Stephen dans *Clarence*, à savoir l'impossibilité de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle une fois que le droit aura abandonné la certitude du double critère de la nature de l'acte — au sens de savoir s'il était sexuel ou non — et de l'identité du contrevenant. On fait valoir qu'aller au-delà de ce critère reviendrait à ouvrir la porte à une déclaration de culpabilité de voies de fait dans le cas, par exemple, où un homme promet un manteau de fourrure à une femme si elle accepte d'avoir des rapports sexuels avec lui: *Fifteenth Report of the Criminal Law Revision Committee on Sexual Offences* (Cmnd

approval in *R. v. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69 (C.A.).

This difficulty is a serious one. The courts should not broaden the criminal law to catch conduct that society generally views as non-criminal. If that is to be done, Parliament must do it. Furthermore, the criminal law must be clear. I agree with the fundamental principle affirmed in the English cases that it is imperative that there be a clear line between criminal and non-criminal conduct. Absent this, the criminal law loses its deterrent effect and becomes unjust. For these reasons, I earlier argued against Cory J.'s imposition of criminal liability for non-disclosure in cases of "significant risk of serious harm", and L'Heureux-Dubé J.'s approach of finding fraud for every deception inducing consent.

The question is whether a narrower increment is feasible that catches only harm of the sort at issue in this appeal and draws the required bright line. In my view, it is. A return to the pre-*Clarence* view of the common law would draw a clear line between criminal conduct and non-criminal conduct. As I have explained, pre-*Clarence*, the law permitted fraud to vitiate consent to contact where there was (a) a deception as to the sexual character of the act; (b) deception as to the identity of the perpetrator; or (c) deception as to the presence of a sexually transmitted disease giving rise to serious risk or probability of infecting the complainant (*Sinclair, supra*). This rule is clear and contained. It would catch the conduct here at issue, without permitting people to be convicted of assault for inducements like false promises of marriage or fur coats. The test for deception would be objective, focussing on whether the accused falsely represented to the complainant that he or she was disease-free when he knew or ought to have known that there was a high risk of infecting his partner. The test for inducement would be subjective, in the sense that the judge or jury must be satisfied

9213), cité et approuvé dans *R. c. Linekar*, [1995] 3 All E.R. 69 (C.A.).

C'est là une grave difficulté. Les tribunaux ne devraient pas élargir le droit criminel pour qu'il vise une conduite que la société considère en général comme non criminelle. Si un tel élargissement s'impose, il appartient au législateur de l'effectuer. De plus, le droit criminel doit être clair. Je souscris au principe fondamental de la jurisprudence anglaise voulant qu'il doive absolument exister une démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. En l'absence d'une telle démarcation, le droit criminel perd son effet dissuasif et devient injuste. C'est pour ces motifs que je me suis antérieurement prononcée contre l'imputation, proposée par le juge Cory, d'une responsabilité criminelle pour non-divulgaration dans les cas de «risque important de préjudice grave», et contre la solution du juge L'Heureux-Dubé consistant à qualifier de fraude toute tromperie incitant à consentir.

Il s'agit de savoir s'il est possible d'effectuer un changement progressif plus restreint qui ne viserait que le préjudice en cause dans le présent pourvoi tout en traçant la ligne de démarcation nette requise. À mon avis, c'est possible. Le retour à la conception de la common law antérieure à la décision *Clarence* permettrait de tracer une ligne de démarcation nette entre la conduite criminelle et la conduite non criminelle. Comme je l'ai expliqué, selon l'état du droit antérieur à la décision *Clarence*, la fraude pouvait vicier le consentement à un contact s'il y avait a) tromperie quant au caractère sexuel de l'acte, b) tromperie quant à l'identité du contrevenant, ou c) tromperie quant à l'existence d'une maladie transmissible sexuellement qui comportait une probabilité ou un risque importants d'infection pour le plaignant (*Sinclair, précité*). Cette règle est claire et circonscrite. Elle s'appliquerait à la conduite en cause en l'espèce, tout en évitant qu'une personne soit déclarée coupable de voies de fait pour avoir eu recours à des incitations comme les fausses promesses de mariage ou d'achat de manteau de fourrure. Le critère applicable à la tromperie serait objectif et axé

beyond a reasonable doubt that the fraud actually induced the consent.

sur la question de savoir si l'accusé a faussement déclaré au plaignant qu'il n'était pas malade alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il y avait un risque élevé d'infecter son partenaire. Le critère applicable à l'incitation serait subjectif en ce sens que le juge ou le jury devrait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la fraude a réellement incité à consentir.

71 From a theoretical point of view, the proposed change follows the time-honoured methodology of making changes to the common law on an incremental basis. This, however, is not enough. The addition of a new common law category should reflect some underlying principle that ties it to the logic and policy underlying the existing rule and permits future developments, if any, to proceed on a reasoned, principled basis. If the underlying principle is so broad that it admits of extension into debateable or undesirable areas, then the proposed change should not be made. It was the inability to identify such a principle that seems to have lain behind the decision in *Clarence* to narrow the rule, and the recent decision of the English Court of Appeal in *Linekar* not to extend the rule to deceit as to payment for sexual services.

Du point de vue théorique, le changement proposé respecte la méthode consacrée du changement progressif de la common law. Cela est toutefois insuffisant. L'ajout d'une nouvelle catégorie de common law devrait refléter un principe sous-jacent qui la rattache à la logique et à la politique qui sous-tendent la règle existante, et qui permette d'effectuer tout changement éventuel de manière rationnelle et fondée sur des principes. Si le principe sous-jacent est général au point de permettre un élargissement dans des domaines contestables ou peu souhaitables, alors il n'y a pas lieu d'apporter le changement proposé. C'est l'incapacité de déceler un tel principe qui semble avoir inspiré la décision de resserrer la règle dans *Clarence*, et la récente décision de la Cour d'appel anglaise, dans *Linekar*, de ne pas étendre l'application de la règle à la supercherie quant au paiement de services sexuels.

72 With the greatest of deference to the learned judges in these cases, an explanation may be suggested for why deceit as to venereal disease may vitiate consent while deceit as to other inducements, like promises of marriage or fur coats, does not. Consent to unprotected sexual intercourse is consent to sexual congress with a certain person and to the transmission of bodily fluids from that person. Where the person represents that he or she is disease-free, and consent is given on that basis, deception on that matter goes to the very act of assault. The complainant does not consent to the transmission of diseased fluid into his or her body. This deception in a very real sense goes to the nature of the sexual act, changing it from an act that has certain natural consequences (whether pleasure, pain or pregnancy), to a potential sentence of disease or death. It differs fundamentally from deception as to the consideration that

En toute déférence pour les juges qui ont siégé dans ces affaires, il est possible de proposer une explication de la raison pour laquelle la supercherie quant à une maladie vénérienne peut vicier le consentement, et non pas la supercherie relative à d'autres incitations comme les promesses de mariage ou d'achat de manteau de fourrure. Consentir à des relations sexuelles non protégées c'est consentir à l'accouplement avec une certaine personne et à la transmission des fluides corporels de cette personne. Si la personne affirme qu'elle n'est pas malade, et que le consentement est donné sur la foi de cette affirmation, la tromperie à ce sujet touche l'acte même des voies de fait. La plaignante ne consent pas à la transmission de fluides malsains dans son corps. Cette tromperie touche véritablement la nature de l'acte sexuel qui, d'un acte entraînant certaines conséquences naturelles (que ce soit le plaisir, la douleur ou la grossesse),

will be given for consent, like marriage, money or a fur coat, in that it relates to the physical act itself. It differs, moreover, in a profoundly serious way that merits the criminal sanction.

This suffices to justify the position of the common law pre-*Clarence* that deception as to venereal disease may vitiate consent. The question of whether other categories of fraud could be logically added on the basis that deceit as to them also fundamentally alters the nature of the physical act itself, is better left for another day. It is doubtful that natural consequences, like pregnancy, would qualify, as they are the natural concomitant of the sexual act, and do not fundamentally alter its nature. Similarly, as discussed, promises as to future conduct used to induce consent do not fundamentally change the nature of the physical act. Again, protected sex would not be caught; the common law pre-*Clarence* required that there be a high risk or probability of transmitting the disease: *Sinclair, supra*. These observations largely displace the fear of unprincipled overextension that motivated the majority in *Clarence* to exclude deceit as to sexually transmitted disease as a basis on which fraud could vitiate consent.

It remains to consider the argument that extending the law, even in this limited fashion, will have unforeseen, complex and undesirable ramifications. Regrettable as it is, it may be that criminalizing deceit as to sexually transmitted disease inducing consent may prevent some people from seeking testing and treatment, out of fear that if they learn about their disease they will be forced to choose between abstaining from unprotected

devenir une condamnation potentielle à la maladie ou à la mort. Elle diffère fondamentalement de la tromperie relative à la contrepartie offerte en échange du consentement, tels le mariage, l'argent ou un manteau de fourrure, du fait qu'elle concerne l'acte physique lui-même. Elle en diffère, par surcroît, d'une manière extrêmement grave qui mérite la sanction pénale.

Cela suffit à justifier la position de la common law antérieure à la décision *Clarence* voulant que la tromperie concernant une maladie vénérienne soit susceptible de vicier le consentement. Il est préférable de remettre à une autre occasion l'examen de la question de savoir si l'on pourrait logiquement ajouter d'autres catégories de fraude pour le motif que la supercherie y ayant trait modifie elle aussi fondamentalement la nature de l'acte physique lui-même. Il est douteux que des conséquences naturelles, telle la grossesse, puissent remplir les conditions voulues étant donné qu'elles sont naturellement concomitantes à l'acte sexuel et qu'elles n'en changent pas fondamentalement la nature. De même, comme nous l'avons vu, les promesses de conduite future destinées à inciter à consentir ne changent pas fondamentalement la nature de l'acte physique. Là encore, les relations sexuelles protégées ne seraient pas visées, la common law antérieure à la décision *Clarence* exigeant qu'il y ait une probabilité ou un risque importants de transmission de la maladie: *Sinclair, précité*. Ces observations contribuent largement à dissiper la crainte d'élargissement excessif et non fondé sur des principes, qui, dans *Clarence*, a poussé les juges majoritaires à exclure la supercherie quant à une maladie transmissible sexuellement du domaine de la fraude susceptible de vicier le consentement.

Il reste à examiner l'argument selon lequel l'élargissement du droit, même de cette façon limitée, aura des conséquences imprévisibles, complexes et peu souhaitables. Aussi regrettable que cela puisse être, il se peut que la criminalisation de la supercherie au sujet d'une maladie sexuellement transmissible, qui incite à consentir, empêche certaines personnes de subir un test de dépistage et un traitement de crainte que le résultat ne les force à

sexual relations and becoming criminals. On the other hand, it may foster greater disclosure. The message that people must be honest about their communicable diseases is an important one. Conduct like that in the case at bar shocks the conscience and should permit of a criminal remedy. In addition, the proposed extension of the law is relatively narrow, catching only deceit as to venereal disease where it is established, beyond a reasonable doubt, that there was a high risk of infection and that the defendant knew or ought to have known that the fraud actually induced consent to unprotected sex. Finally, I note that s. 221 of the *Criminal Code* (criminal negligence causing bodily harm) already makes it a crime to engage in unprotected sexual intercourse without disclosing HIV-positive status where the sexual partner contracts HIV as a result: *R. v. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41 (Nfld. C.A.). There is no evidence that the application of s. 221 has had an adverse effect on testing by extending criminal responsibility to cases where the defendant's partners are unfortunate enough to have been infected. The extension I propose represents only a modest step beyond this offence. Bearing in mind all of these considerations, I am satisfied that this limited change will not have far-reaching, unforeseeable or undesirable ramifications.

choisir de s'abstenir d'avoir des relations sexuelles non protégées ou de devenir des criminels. Par contre, cela peut favoriser une plus grande divulgation. Le message selon lequel les gens doivent faire preuve d'honnêteté à propos de leurs maladies transmissibles est important. Une conduite comme celle dont il est question en l'espèce heurte la conscience et devrait pouvoir entraîner un recours au criminel. En outre, l'élargissement proposé du droit est relativement restreint, visant uniquement la supercherie quant à une maladie vénérienne dans les cas où il est établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait un risque élevé d'infection et que le défendeur savait ou aurait dû savoir que la fraude inciterait réellement à consentir à des relations sexuelles non protégées. Enfin, je souligne que l'art. 221 du *Code criminel* (négligence criminelle causant des lésions corporelles) prévoit déjà que la personne qui a des relations sexuelles non protégées, sans avoir divulgué sa séropositivité, commet un crime lorsque son partenaire contracte de ce fait le VIH: *R. c. Mercer* (1993), 84 C.C.C. (3d) 41 (C.A.T.-N.). Il n'y a aucune preuve que l'application de l'art. 221 a eu un effet négatif sur le dépistage en étendant la responsabilité criminelle aux cas où les partenaires du défendeur ont eu la malchance d'être infectés. Par rapport à cette infraction, l'élargissement que je propose ne représente qu'un petit pas de plus. Compte tenu de toutes ces considérations, je suis persuadée que ce changement limité n'aura pas de conséquences profondes, imprévisibles ou non souhaitables.

75

I conclude that the common law should be changed to permit deceit about sexually transmitted disease that induces consent to be treated as fraud vitiating consent under s. 265 of the *Criminal Code*.

V. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu de modifier la common law de façon à permettre que la supercherie au sujet d'une maladie transmissible sexuellement, qui incite à consentir, soit considérée comme une fraude viciant le consentement, au sens de l'art. 265 du *Code criminel*.

V. Conclusion

76

I would allow the appeal and order that a new trial be directed.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of Cory, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

CORY J. — Is a complainant's consent to engage in unprotected sexual intercourse vitiated by fraud when her partner knows he is HIV-positive and either fails to disclose or deliberately deceives her about it? If the consent is fraudulently obtained in those circumstances can s. 268 (aggravated assault) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be applicable? Would the application of the *Criminal Code* endanger public health policies pertaining to the disease of AIDS? Those are the issues that must be considered on this appeal.

I. Factual Background

The respondent tested positive for HIV in August 1992. At that time a public health nurse explicitly instructed him to use condoms every time he engaged in sexual intercourse and to inform all prospective sexual partners that he was HIV-positive. The respondent angrily rejected this advice. He complained that he would never be able to have a sex life if he told anyone that he was HIV-positive.

Three weeks later, the respondent met the complainant KM and an 18-month relationship began. The couple had sexual intercourse, for the most part unprotected, at least 100 times. Near the beginning of the relationship, KM discussed sexually transmitted diseases with the respondent and although she did not specifically ask him about HIV or AIDS, he assured her that he had tested negative for HIV eight or nine months earlier. KM developed hepatitis and was advised to have an HIV test. Both she and the respondent were tested in January 1993. In February, a nurse informed KM that her test was negative but that the respondent had tested HIV-positive. KM was advised to undertake subsequent tests to determine whether she had developed the virus.

Version française du jugement des juges Cory, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE CORY — Le consentement d'une plaignante à des rapports sexuels non protégés est-il vicié par une fraude lorsque son partenaire sait qu'il est séropositif et qu'il ne le lui dit pas ou l'induit délibérément en erreur à ce sujet? Si le consentement est obtenu frauduleusement dans ces circonstances, l'art. 268 (voies de fait graves) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est-il applicable? L'application du *Code criminel* compromettrait-elle les politiques adoptées en matière de santé publique relativement au sida? Voilà les questions qui doivent être examinées dans le cadre du présent pourvoi.

I. Les faits

En août 1992, l'intimé a subi un test de dépistage du VIH qui a révélé qu'il était séropositif. Une infirmière hygiéniste lui a alors explicitement conseillé d'utiliser des condoms chaque fois qu'il aurait des rapports sexuels et d'informer de sa séropositivité tous ses partenaires sexuels éventuels. L'intimé a repoussé avec colère ce conseil. Il s'est plaint qu'il ne pourrait jamais avoir de vie sexuelle s'il disait à qui que ce soit qu'il était séropositif.

Trois semaines plus tard, l'intimé a rencontré la plaignante KM et une liaison de 18 mois a commencé. Le couple a eu des rapports sexuels, pour la plupart non protégés, au moins une centaine de fois. Peu après le début de cette liaison, KM a discuté avec l'intimé des maladies transmissibles sexuellement et, même si elle ne lui a pas posé précisément de questions au sujet du VIH ou du sida, l'intimé lui a assuré que les résultats d'un test de dépistage du VIH qu'il avait subi huit ou neuf mois auparavant étaient négatifs. KM a développé une hépatite et s'est vu conseiller de subir un test de dépistage du VIH. La plaignante et l'intimé ont tous les deux subi un test en janvier 1993. En février, une infirmière a informé KM que les résultats de son test étaient négatifs, mais que le test subi par l'intimé révélait qu'il était séropositif. Elle a recommandé à KM de subir d'autres tests plus tard afin de déterminer si elle avait été infectée par le virus.

77

78

79

80 Once again, the respondent was told that he must use condoms and inform his sexual partners that he was HIV-positive. The respondent replied that in order to avoid using condoms he would wait and see if KM tested positive in a few months and, if not, he would leave her and start a relationship with an HIV-positive woman.

81 For several months KM continued to have unprotected sex with the respondent. This she did because she loved him and she did not want to put another woman at risk. Their relationship ended in May 1994. KM testified that if she had known that the respondent was HIV-positive she would never have engaged in unprotected sexual intercourse with him.

82 Upon hearing that the relationship between KM and the respondent had ended, a public health nurse delivered letters to the respondent ordering him to inform his future partners that he was HIV-positive and to use condoms. Shortly thereafter, the respondent formed a sexual relationship with BH. They had sex 10 times, on most occasions without a condom. Although BH told the respondent that she was afraid of diseases he did not inform her that he was HIV-positive. In late June BH discovered that the respondent had HIV. She confronted him and he apologized for lying. BH testified that if she had known the respondent had HIV she would never have engaged in unprotected sexual intercourse with him.

83 The respondent was charged with two counts of aggravated assault. At the time of trial, neither complainant had tested positive for the virus. The trial judge entered a directed verdict acquitting the respondent. The Court of Appeal refused to set aside the acquittals.

II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*

84 The trial judge considered the wording of the relevant provisions of the *Code*. He concluded that

L'intimé s'est encore une fois fait dire qu'il devait utiliser des condoms et informer ses partenaires sexuels qu'il était séropositif. Il a répondu que, pour éviter d'utiliser des condoms, il attendrait pendant quelques mois pour savoir si KM était séropositive et, dans la négative, il la quitterait et chercherait une compagne séropositive.

KM a continué pendant plusieurs mois d'avoir des rapports sexuels non protégés avec l'intimé, et ce, parce qu'elle l'aimait et ne voulait pas mettre en danger la santé d'une autre femme. Les parties ont mis fin à leur liaison en mai 1994. KM a témoigné que si elle avait su que l'intimé était séropositif, elle n'aurait jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui.

Après avoir appris que KM et l'intimé ne se fréquentaient plus, une infirmière hygiéniste a fait parvenir à l'intimé des lettres dans lesquelles elle lui enjoignait d'informer ses futures partenaires qu'il était séropositif et d'utiliser des condoms. Peu après, l'intimé a commencé à avoir des rapports sexuels avec BH. Ils ont eu des rapports sexuels une dizaine de fois, la plupart du temps sans utiliser un condom. Même si BH lui avait dit qu'elle avait peur des maladies, l'intimé ne l'a pas informée qu'il était séropositif. À la fin de juin, BH a découvert que l'intimé était séropositif. Elle lui a demandé de s'expliquer et il s'est excusé de lui avoir menti. BH a témoigné que si elle avait su que l'intimé était séropositif, elle n'aurait jamais eu de rapports sexuels non protégés avec lui.

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves. Au moment du procès, aucune des plaignantes n'était séropositive selon les tests qu'elles avaient subis. Le juge du procès a inscrit un verdict imposé d'acquiescement de l'intimé. La Cour d'appel a refusé d'annuler les acquittements.

II. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge du procès a examiné le texte des dispositions pertinentes du *Code*. Il a conclu que les

the words “endangers the life of the complainant” in s. 268(1) are applicable if an accused exposes a person to danger, harm or risk (*R. v. Thornton*, [1993] 2 S.C.R. 445). It was clear that by engaging in unprotected sexual intercourse with the complainants knowing he was HIV-positive, the accused endangered the lives of the complainants within s. 268(1).

He observed that the issues in the case had already been considered in *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). He noted that the Crown in *Ssenyonga* had argued as in this case that the complainants’ consent to sexual intercourse was vitiated because the scope of consent had been exceeded as a result of fraud or by operation of public policy.

He agreed with the trial judge’s reasoning in *Ssenyonga* that consent is exceeded only where the amount of force is beyond that which would normally be expected in the course of sexual relations. Here, however, there was no exceptional force applied. He also rejected the Crown’s argument that the concept of informed consent should be imported into the criminal law.

The trial judge found that he could not accept the argument that the complainants consent was vitiated by fraud. It was his view that despite the change in the wording of the *Code*, the only type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse is that which goes to the nature and quality of the act or the identity of the offender (*R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.)).

Finally, he considered the Crown’s argument that, because of the serious nature of the risk to which the complainants were exposed, public policy should intervene to vitiate their consent. This argument was based on *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, which found that the vitiating factors listed in s. 265(3) were not exhaustive and that limited grounds exist upon which a court could base its conclusion that consent is vitiated on pol-

termes «met sa vie en danger», au par. 268(1), s’appliquent si un accusé expose quelqu’un à un danger, à un tort ou à un risque (*R. c. Thornton*, [1993] 2 R.C.S. 445). Il est évident qu’en ayant des rapports sexuels non protégés avec les plaignantes alors qu’il savait qu’il était séropositif, l’accusé a mis leur vie en danger, au sens du par. 268(1).

Il a fait remarquer que les questions en litige en l’espèce avaient déjà été examinées dans *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. Ont. (Div. gén.)). Il a souligné que, dans *Ssenyonga*, le ministère public avait soutenu, comme en l’espèce, que le consentement des plaignantes aux rapports sexuels était vicié parce qu’on en avait excédé la portée à la suite d’une fraude, ou encore pour des raisons d’intérêt public.

Il a souscrit au raisonnement du juge du procès dans l’affaire *Ssenyonga*, suivant lequel on n’exécède le consentement donné que lorsque la force employée dépasse celle à laquelle on s’attendrait normalement pendant des rapports sexuels. En l’espèce, toutefois, il n’y a pas eu emploi d’une force exceptionnelle. Le juge a aussi rejeté l’argument du ministère public suivant lequel la notion de consentement éclairé devrait être incorporée au droit criminel.

Le juge du procès a conclu qu’il ne pouvait pas accepter l’argument selon lequel le consentement des plaignantes était vicié par une fraude. Il était d’avis que, malgré la modification du texte du *Code*, le seul type de fraude qui vicie le consentement à des rapports sexuels est celui qui touche la nature et le caractère de l’acte ou l’identité du contrevenant (*R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.)).

Enfin, il a examiné l’argument du ministère public suivant lequel, en raison de la gravité du risque couru par les plaignantes, leur consentement devrait être vicié pour des raisons d’intérêt public. Cet argument reposait sur l’arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, où il a été statué que la liste des facteurs susceptibles de vicier le consentement, au par. 265(3), n’est pas exhaustive et qu’il y a des motifs limités sur lesquels une cour peut s’appuyer

85

86

87

88

icy grounds. This same argument was advanced in *Ssenyonga, supra*, where it was found at p. 265 that the assault provisions of the *Code* were not designed to control the spread of AIDS, rather they were intended to “control the non-consensual direct or indirect application of force by one person to another”.

89 The trial judge concluded that although the accused’s actions were repugnant and deserving of punishment, it would overstretch the offence of assault or aggravated assault to apply them to this case. He therefore allowed the application for a directed verdict and acquitted the accused.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 141 D.L.R. (4th) 503

90 Prowse J.A. began by reviewing the legislative and jurisprudential history of the fraud provision and noted that prior to the removal of the words “nature and quality of the act”, the case law had narrowly defined the types of fraud which could vitiate consent. Further, she concluded that the *Code* amendments were not intended to broaden the categories of fraud which would vitiate consent, and that the trial judge was correct in following the decision in *Petrozzi, supra*.

91 Prowse J.A. then considered whether a valid consent to sexual intercourse had to be an informed consent. She rejected the submission that the informed consent doctrine developed in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, should be applied in this case for two reasons. First, she did not find that the inequality of information which existed between the complainants and the respondent resulted in the power imbalance or exploitation contemplated in *Norberg*. Second, she was reluctant to import informed consent principles from tort law into the realm of criminal law.

pour conclure que le consentement est vicié pour des raisons de principe. Le même argument a été avancé dans l’affaire *Ssenyonga*, précitée, où il a été jugé, à la p. 265, que les dispositions du *Code* relatives aux voies de fait visaient non pas à freiner la propagation du sida, mais plutôt à [TRADUCTION] «réprimer l’emploi direct ou indirect de la force par une personne contre une autre personne sans son consentement».

Le juge du procès a conclu que, même si les actes de l’accusé étaient répugnants et méritaient d’être punis, on élargirait indûment la portée des infractions de voies de fait ou de voies de fait graves si on les appliquait en l’espèce. Il a donc accueilli la demande de verdict imposé et a acquitté l’accusé.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1996), 141 D.L.R. (4th) 503

Le juge Prowse a d’abord fait l’historique législatif et jurisprudentiel de la disposition relative à la fraude, et a fait remarquer qu’avant la suppression des termes «la nature et le caractère de l’acte», la jurisprudence avait défini étroitement les types de fraude susceptibles de vicier le consentement. De plus, elle a conclu que les modifications du *Code* ne visaient pas à élargir les catégories de fraude qui vicieraient le consentement, et que le juge du procès avait eu raison de suivre l’arrêt *Petrozzi*, précité.

Le juge Prowse s’est ensuite demandé si, pour être valide, le consentement à des rapports sexuels devait être éclairé. Elle a rejeté, pour deux motifs, l’argument selon lequel il y avait lieu d’appliquer en l’espèce la règle du consentement éclairé établie dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226. Premièrement, elle n’a pas considéré que l’inégalité qui existait entre les plaignantes et l’intimé, sur le plan des renseignements dont ils disposaient, avaient engendré l’inégalité du rapport de force ou l’exploitation envisagées dans *Norberg*. Deuxièmement, elle hésitait à incorporer dans le droit criminel les principes du consentement éclairé applicables en matière de responsabilité délictuelle.

Prowse J.A. also rejected the Crown argument that the respondent's conduct exceeded the scope of the complainants' consent. She concluded that the sexual acts engaged in by the respondent and the complainants involved no more force than is naturally inherent in the sexual act.

Finally, Prowse J.A. considered whether the complainants' consent should be rendered ineffective on grounds of public policy. She found it significant that the complainants in this case did not suffer physical injuries but were only exposed to the risk of injury. This was very different from the position presented in *Jobidon, supra*, where this Court vitiated a complainant's consent to engage in a fist fight where the force applied caused serious harm. Prowse J.A. concluded that the criminal law of assault is not the proper legal mechanism for dealing with the problem of HIV/AIDS transmission and she refused to create another category of conduct which would vitiate consent.

III. Relevant Statutory Provisions

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

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

Le juge Prowse a aussi rejeté l'argument du ministère public selon lequel le comportement de l'intimé excédait ce à quoi les plaignantes avaient consenti. Elle a conclu que les actes sexuels auxquels s'étaient livrés l'intimé et les plaignantes n'avaient pas comporté plus de force que celle qui est naturellement inhérente à un acte sexuel.

Enfin, le juge Prowse s'est demandé si le consentement des plaignantes devait être invalidé pour des raisons d'intérêt public. Elle a jugé important le fait que les plaignantes, en l'espèce, n'aient subi aucune blessure, mais n'aient été exposées qu'à un risque de blessure. Cela était très différent de la situation dans l'arrêt *Jobidon*, précité, où notre Cour a invalidé le consentement du plaignant à se livrer à une bagarre à coups de poing où la force employée avait causé un préjudice grave. Le juge Prowse a statué que le droit criminel en matière de voies de fait n'est pas le mécanisme juridique approprié pour régler le problème de la transmission du VIH ou du sida, et elle a refusé d'établir une autre catégorie de comportement qui vicierait le consentement.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . . .

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

92

93

94

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

268. (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

IV. Analysis

95

The respondent was charged with two counts of aggravated assault. This charge requires the Crown to prove first that the accused's acts "endanger[ed] the life of the complainant" (s. 268(1)) and, second, that the accused intentionally applied force without the consent of the complainant (s. 265(1)(a)). Like the Court of Appeal and the trial judge I agree that the first requirement was satisfied. There can be no doubt the respondent endangered the lives of the complainants by exposing them to the risk of HIV infection through unprotected sexual intercourse. The potentially lethal consequences of infection permit no other conclusion. Further, it is not necessary to establish that the complainants were in fact infected with the virus. There is no prerequisite that any harm must actually have resulted. This first requirement of s. 268(1) is satisfied by the significant risk to the lives of the complainants occasioned by the act of unprotected intercourse.

96

The second requirement of applied force without the consent of the complainants presents greater difficulties. Both complainants consented to engage in unprotected sexual intercourse with the respondent. This must include consent to the application of the force inherent in that activity. The Crown contends that the complainants' consent was not legally effective because it was obtained by fraud. The complainants testified that if they had been informed that the respondent was HIV-positive they would never have agreed to unprotected sexual intercourse with him.

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

268. (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet des voies de fait graves est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

IV. Analyse

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de voies de fait graves. Une telle accusation exige que le ministère public prouve, premièrement, que les actes de l'accusé ont mis en danger la vie du plaignant (par. 268(1)) et, deuxièmement, que l'accusé a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre le plaignant sans son consentement (al. 265(1)a)). Je conviens avec la Cour d'appel et le juge du procès que la première condition est remplie. Il n'y a pas de doute que l'intimé a mis en danger la vie des plaignantes en les exposant au risque d'être infectées par le VIH en ayant avec elles des rapports sexuels non protégés. Aucune autre conclusion n'est possible compte tenu des conséquences potentiellement mortelles d'une telle infection. De plus, il n'est pas nécessaire d'établir que les plaignantes ont effectivement été infectées par le virus. Il n'y a pas d'exigence préalable qu'un préjudice ait réellement résulté. Le risque important auquel les rapports sexuels non protégés ont exposé la vie des plaignantes satisfait à la première condition du par. 268(1).

La deuxième condition, savoir l'emploi de la force sans le consentement des plaignantes, soulève plus de difficultés. Les deux plaignantes ont consenti à des rapports sexuels non protégés avec l'intimé. Cela doit comprendre le consentement à l'emploi de la force inhérente à cette activité. Le ministère public soutient que le consentement des plaignantes était sans effet en droit puisqu'il avait été obtenu par fraude. Les plaignantes ont témoigné que, si elles avaient su que l'intimé était séropositif, elles n'auraient jamais consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec lui.

A. *The Approach to Fraud Vitiating Consent After R. v. Clarence*

Up until 1983, the indecent assault provisions in the *Code* provided that consent was vitiated where it was obtained “by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”. The requirement that fraud relate to the “nature and quality of the act” reflected the approach to consent in sexual assault cases which has existed at common law since *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23. There it was held by the majority that a husband’s failure to disclose that he had gonorrhea did not vitiate his wife’s consent to sexual intercourse. It was stated at p. 44 that

the only sorts of fraud which so far destroy the effect of a woman’s consent as to convert a connection consented to in fact into a rape are frauds as to the nature of the act itself, or as to the identity of the person who does the act.

Clarence was cited with approval in *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677. In that case indecent assault charges arose from a medical examination conducted by a properly qualified intern. The examination was witnessed by a friend of the intern. The complainant was led to believe that the friend was also an intern but he was actually a voyeur. The Court held that the complainant consented to the examination and that the fraud did not go to the nature and quality of the act.

In *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), a man falsely held himself out to be a doctor and purported to conduct gynaecological examinations of several women. It was found that the victims consented to a medical examination but received something which was altogether different. It was held that the fraud related to the nature and quality of the act and thus vitiated their consent. It was stated at p. 152, that

[t]he general rule is that if deception causes a misunderstanding as to the nature of the act itself there is no

A. *L’interprétation de la fraude viciant le consentement après la décision R. c. Clarence*

Jusqu’en 1983, les dispositions du *Code* relatives à l’attentat à la pudeur prévoyaient que le consentement était vicié s’il était obtenu «par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l’acte». La condition que la fraude concerne «la nature et le caractère de l’acte» reflétait la façon dont la common law abordait le consentement dans les cas d’agression sexuelle, depuis la décision *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23. Dans cette affaire, la cour à la majorité avait statué que l’omission du mari de révéler à son épouse qu’il avait la gonorrhée n’avait pas vicié le consentement de cette dernière à des rapports sexuels. La cour affirme, à la p. 44, que

[TRADUCTION] les seules sortes de fraude qui, jusqu’à maintenant, annihilent le consentement d’une femme de manière à transformer en un viol des rapports auxquels elle a consenti sont celles qui ont trait à la nature de l’acte lui-même ou à l’identité de la personne qui l’accomplit.

La décision *Clarence* a été citée et approuvée dans *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677. Dans cet arrêt, des accusations d’attentat à la pudeur avaient été portées à la suite d’un examen médical par un interne dûment qualifié. L’examen avait été effectué en présence d’un ami de l’interne. On avait fait croire à la plaignante que l’ami était lui aussi un interne, alors qu’il était en réalité un voyeur. La Cour a statué que la plaignante avait consenti à l’examen et que la fraude ne concernait pas la nature et le caractère de l’acte.

Dans l’arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), un homme s’est fait passer pour un médecin et a prétendu effectuer des examens gynécologiques sur plusieurs femmes. Il a été jugé que les victimes avaient consenti à un examen médical, mais qu’elles avaient subi quelque chose de tout à fait différent. La cour a statué que la fraude était liée à la nature et au caractère de l’acte et qu’elle avait ainsi vicié leur consentement. Elle affirme, à la p. 152, que

[TRADUCTION] [e]n règle générale, si la tromperie provoque un malentendu quant à la nature de l’acte lui-

97

98

99

legally recognized consent because what happened is not that for which consent was given. . . .

However, in *obiter* Hartt J. (*ad hoc*) sagely suggested that a broader interpretation of “nature and quality of the act” would be appropriate in certain cases. Thus, by 1968 there was some indication that the archaic strictures of the *Clarence* approach might be loosened.

même, il n’y a pas de consentement reconnu en droit puisque ce qui s’est produit n’est pas ce à quoi on a consenti . . .

Toutefois, dans une opinion incidente, le juge Hartt (*ad hoc*) a judicieusement laissé entendre qu’il conviendrait dans certains cas de donner une interprétation large à l’expression «la nature et le caractère de l’acte». Ainsi, dès 1968, il y avait certaines indications que les restrictions archaïques de la méthode de la décision *Clarence* pourraient être assouplies.

100 In 1983, the *Criminal Code* was amended. The rape and indecent assault provisions were replaced by the offence of sexual assault. The s. 265 assault provision was enacted in its present form, and it, by the terms of s. 265(2), applies to all forms of assault, including sexual assault.

En 1983, le *Code criminel* a été modifié. Les dispositions relatives au viol et à l’attentat à la pudeur ont été remplacées par l’infraction d’agression sexuelle. L’article 265 concernant les voies de fait a été adopté sous sa forme actuelle et, en vertu du par. 265(2), il s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles.

101 Section 265(3)(c) simply states that no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of “fraud”. There are no limitations or qualifications on the term “fraud”. Nonetheless, some controversy has arisen as to whether the apparently clear language of the new section removed the requirement that fraud vitiating consent must relate to the “nature and quality of the act”.

L’alinéa 265(3)c) prévoit simplement que ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison de la «fraude». Aucune restriction ou réserve n’est apportée au mot «fraude». Il y a eu, néanmoins, une certaine controverse quant à savoir si le texte apparemment clair de ce nouvel article supprimait la condition que la fraude viciant le consentement concerne «la nature et le caractère de l’acte».

102 In *Petrozzi, supra*, the British Columbia Court of Appeal found that despite the new wording of s. 265(3)(c) (then s. 244(3)(c)), the old common law rule that the fraud must relate to the “nature and quality of the act” was still applicable. It held that there was no indication that by amending the *Code* provisions, Parliament intended to broaden the types of fraud which could vitiate consent. The accused had agreed to pay the complainant \$100 for sexual services but did not intend to make that payment. The Court of Appeal held that this type of fraud could not be said to relate to the nature and quality of the act and was insufficient to vitiate the complainant’s consent. In reaching its conclu-

Dans l’arrêt *Petrozzi*, précité, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé que, malgré le nouveau libellé de l’al. 265(3)c) (alors l’al. 244(3)c)), l’ancienne règle de common law voulant que la fraude doive concerner «la nature et le caractère de l’acte» s’appliquait encore. Elle a statué que rien n’indiquait qu’en modifiant les dispositions du *Code* le législateur avait voulu élargir les types de fraude susceptibles de vicier le consentement. L’accusé avait accepté de verser 100 \$ à la plaignante pour des services sexuels, mais il n’avait pas l’intention de payer. La Cour d’appel a décidé qu’on ne pouvait pas dire que ce type de fraude concernait la nature et le caractère de l’acte, et qu’elle était insuffisante pour vicier le consentement de la plaignante. Pour tirer cette conclusion,

sion, the court relied heavily on the reasoning in *Clarence*, *supra*.

It cannot be forgotten that the decision in *Clarence* is based on a harsh and antiquated view of marriage. Specifically, that a husband could not be guilty of raping his wife since the marital relationship implied, in law, the wife's consent to all sexual relations. Further, the very narrow interpretation of fraud was based on the view that it would be undesirable to treat fraud in a case of assault or sexual assault in the same way that it is treated in criminal or commercial contexts.

Professor W. H. Holland's article, "HIV/AIDS and the Criminal Law" (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279, at pp. 297-98, raises two important points with regard to the *Petrozzi* decision. First, neither the Crown nor the defence believed that the issue of fraud arose and both objected when the trial judge introduced it to the jury. The case had proceeded as if it were solely a question of deciding between the complainant's claim of rape and the accused's position that the act was consensual. It seems questionable whether *Petrozzi* was the appropriate case for determining the proper interpretation of fraud as it is set out in s. 265(3)(c). Second, Craig J.A. in *Petrozzi* noted at p. 542 that there was no policy reason for restricting fraud in assault and sexual assault cases to a case involving the nature and quality of the act. Nonetheless, he concluded that Parliament intended to confirm the old constructions. However, he did not cite a particular authority for that proposition. He wrote:

I fail to appreciate why, as a matter of policy, we should restrict fraud in so far as it relates to consent in common assault and sexual assault cases to a case involving the nature and quality of the act or to a case involving the identity of the offender. Notwithstanding this belief, I have concluded that in enacting the present s. 244, especially s. 244(3)(c), Parliament intended to confirm the construction which the courts have placed

la cour s'est fondée largement sur le raisonnement de la décision *Clarence*, précitée.

Il ne faut pas oublier que la décision *Clarence* repose sur une conception rigoureuse et dépassée du mariage, à savoir qu'un mari ne pouvait pas être coupable du viol de sa femme puisque les relations matrimoniales impliquaient, en droit, le consentement de l'épouse à tous les rapports sexuels. De plus, l'interprétation très restrictive de la fraude reposait sur l'idée qu'il ne serait pas souhaitable de traiter la fraude, dans un cas de voies de fait ou d'agression sexuelle, de la même manière que dans un contexte criminel ou commercial.

Dans son article intitulé «HIV/AIDS and the Criminal Law» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 279, aux pp. 297 et 298, le professeur W. H. Holland soulève deux points importants au sujet de la décision *Petrozzi*. Premièrement, ni le ministère public ni la défense ne croyaient que la question de la fraude se posait et ils ont tous deux formulé des objections lorsque le juge du procès l'a soumise au jury. L'affaire avait été entendue comme s'il s'agissait uniquement de décider laquelle de la prétention de la plaignante qu'il y avait eu viol, ou de la thèse de l'accusé, selon laquelle il y avait eu consentement à l'acte, devait être retenue. Il semble douteux que l'affaire *Petrozzi* ait été appropriée pour déterminer l'interprétation à donner au mot «fraude» utilisé à l'al. 265(3)c). Deuxièmement, le juge Craig a fait remarquer, dans *Petrozzi*, à la p. 542, qu'il n'y avait aucune raison de principe de restreindre la fraude, dans les affaires de voies de fait et d'agression sexuelle, aux cas où il est question de la nature et du caractère de l'acte. Il a néanmoins conclu que le législateur avait voulu confirmer les anciennes interprétations. Il n'a toutefois cité aucun précédent à l'appui de cette affirmation. Il a écrit:

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi nous devrions, en principe, restreindre la fraude, dans la mesure où elle se rapporte au consentement dans des affaires de voies de fait simples et d'agression sexuelle, aux cas où il est question de nature et du caractère de l'acte ou aux cas où il est question de l'identité du contrevenant. Malgré cette conviction, j'ai conclu qu'en adoptant l'art. 244 actuel, en particulier l'al. 244(3)c), le législateur a voulu

103

104

on the type of fraud which may vitiate consent in sexual cases or assault cases.

105 I respectfully disagree with this conclusion of Craig J.A. Similarly, I cannot accept the reasoning and conclusion of McDermid J. in *Ssenyonga*, *supra*, which was based on facts virtually identical to those at bar. In my opinion, both the legislative history and the plain language of the provision suggest that Parliament intended to move away from the rigidity of the common law requirement that fraud must relate to the nature and quality of the act. The repeal of statutory language imposing this requirement and its replacement by a reference simply to fraud indicates that Parliament's intention was to provide a more flexible concept of fraud in assault and sexual assault cases.

106 This view is consistent with that of several commentators. For example C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 66, stated shortly after the amendments that:

It appears that Parliament dropped the rape version and adopted the old assault approach across the board.

... if it is now recognised that the decks have been cleared for a policy decision as to what is culpable in the context of fraud, then the law may be improved tremendously.

Similarly, A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 596-97, wrote:

But the new provision refers only to "fraud" with no limitation as to the nature and quality of the act. This superficially slight change may actually have profound consequences. . . .

All that the new provisions seem to require, however, is a fraud and a causal connection between that fraud and the submission or failure to resist.

(See also D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), at pp. 216-20; and Holland, *supra*, at pp. 297-99.)

confirmer l'interprétation que les tribunaux avaient donnée au type de fraude susceptible de vicier le consentement dans des affaires de sexe ou de voies de fait.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette conclusion du juge Craig. Je ne puis non plus accepter le raisonnement et la conclusion du juge McDermid dans *Ssenyonga*, précité, qui reposait sur des faits presque identiques à ceux de la présente affaire. À mon avis, autant l'historique que le texte clair de cette disposition portent à croire que le législateur a voulu s'écarter de la rigidité de la condition de common law que la fraude soit liée à la nature et au caractère de l'acte. L'abrogation du texte législatif qui imposait cette condition et son remplacement par la mention de la fraude sans plus indiquent l'intention du législateur de prévoir une notion plus souple de la fraude dans les cas de voies de fait et d'agression sexuelle.

Ce point de vue est compatible avec celui de plusieurs commentateurs. Par exemple, C. Boyle, dans *Sexual Assault* (1984), à la p. 66, a écrit ceci peu après l'adoption des modifications:

[TRADUCTION] Le législateur semble avoir laissé tomber la version du viol pour adopter de façon générale l'ancienne façon d'aborder les voies de fait.

... s'il est maintenant reconnu qu'on se prépare à prendre une décision de principe sur ce qui est coupable dans le contexte d'une fraude, alors la loi peut être améliorée considérablement.

De même, A. W. Mewett et M. Manning ont écrit, dans *Criminal Law* (2^e éd. 1985), aux pp. 596 et 597:

[TRADUCTION] Cependant, les nouvelles dispositions ne mentionnent que la «fraude», sans réserve quant à la nature et au caractère de l'acte. Cette modification apparemment anodine peut en réalité avoir de lourdes conséquences. . . .

Tout ce que les nouvelles dispositions semblent exiger, toutefois, c'est l'existence d'une fraude et d'un lien de causalité entre cette fraude et la soumission ou l'omission de résister.

(Voir aussi D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), aux pp. 216 à 220, et Holland, *loc. cit.*, aux pp. 297 à 299.)

I am mindful of the careful comments of Gonthier J. in *Jobidon*, *supra*, that the enactment of s. 265(3) “did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope” (p. 739). However, the issue in *Jobidon* was whether factors not explicitly listed in s. 265(3), which had previously been held to vitiate consent at common law, were still applicable. Gonthier J. concluded that s. 265(3) was not exhaustive and that consent could be vitiated on public policy grounds in a limited number of circumstances. By way of contrast the case at bar requires an interpretation of the concept of fraud which is explicitly included in s. 265(3) in an unlimited manner. The issue thus is whether limitations which previously existed at common law and in the *Code* should continue to apply. The reasoning in *Jobidon* indicates that it would be appropriate to broadly interpret fraud in these circumstances where the limiting words were specifically removed from the section.

I would therefore conclude that it is no longer necessary when examining whether consent in assault or sexual assault cases was vitiated by fraud to consider whether the fraud related to the nature and quality of the act. A principled approach consistent with the plain language of the section and an appropriate approach to consent in sexual assault matters is preferable. To that end, I see no reason why, with appropriate modifications, the principles which have historically been applied in relation to fraud in criminal law cannot be used.

It is now necessary to consider the nature of fraud and how it should be applied in the context of the wording of the present s. 265.

B. *How Has Fraud Been Defined?*

From its inception, the concept of criminal fraud has had two constituent elements. Stephen, *A His-*

Je n’oublie pas les observations prudentes du juge Gonthier dans l’arrêt *Jobidon*, précité, selon lesquelles l’adoption du par. 265(3) «n’exprim[ait] pas l’intention de supprimer l’ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective» (p. 739). Dans *Jobidon*, il s’agissait toutefois de savoir si des facteurs non énumérés explicitement au par. 265(3), qui avaient été considérés antérieurement comme viciant le consentement en common law, étaient toujours applicables. Le juge Gonthier a conclu que le par. 265(3) n’était pas exhaustif et que le consentement pouvait être vicié pour des raisons d’intérêt public dans un nombre limité de circonstances. Par contre, l’affaire dont nous sommes saisis requiert une interprétation de la notion de fraude qui est explicitement incluse, sans réserve, au par. 265(3). Il s’agit donc de décider si des limites qui existaient antérieurement en common law et dans le *Code* devraient continuer de s’appliquer. Le raisonnement de l’arrêt *Jobidon* indique qu’il conviendrait de donner une interprétation large à la fraude dans ces circonstances où les mots limitatifs ont été expressément retirés de cette disposition.

En conséquence, je suis d’avis de conclure que, pour déterminer si le consentement a été vicié par une fraude dans des affaires de voies de fait ou d’agression sexuelle, il n’est plus nécessaire de se demander si la fraude était liée à la nature et au caractère de l’acte. Il est préférable d’adopter une interprétation fondée sur des principes qui s’harmonise avec le texte clair de cette disposition et une interprétation appropriée du consentement dans les cas d’agression sexuelle. À cette fin, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas utiliser les principes qui, dans le passé, ont été appliqués relativement à la fraude en droit criminel, après leur avoir apporté les modifications appropriées.

Il est maintenant nécessaire d’examiner la nature de la fraude et la façon dont elle devrait s’appliquer selon la formulation actuelle de l’art. 265.

B. *Comment la fraude a-t-elle été définie?*

La notion de fraude criminelle a toujours comporté deux éléments constitutifs. Dans *A History of*

107

108

109

110

tory of the Criminal Law of England (1883), vol. 2, described them in this way at pp. 121-22:

... there is little danger in saying that whenever the words "fraud" or "intent to defraud" or "fraudulently" occur in the definition of a crime two elements at least are essential to the commission of the crime; namely, first, deceit or an intention to deceive or in some cases mere secrecy; and, secondly, either actual injury or possible injury or an intent to expose some person either to actual injury or to a risk of possible injury by means of that deceit or secrecy.

the Criminal Law of England (1883), vol. 2, Stephen les décrit en ces termes, aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] ... on peut affirmer sans trop risquer de se tromper que, chaque fois que les mots «fraude», «intention de frauder» ou «frauduleusement» figurent dans la définition d'un acte criminel, au moins deux éléments sont essentiels à la perpétration de cet acte criminel, à savoir, en premier lieu, la supercherie ou l'intention de tromper ou, dans certains cas, la dissimulation, et en deuxième lieu, le préjudice réel ou possible, ou l'intention d'exposer quelqu'un à un préjudice réel ou à un risque de préjudice au moyen de cette supercherie ou de cette dissimulation.

111 This was the approach adopted in *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728. Buckley J. described the act of fraud as follows, at pp. 732-33:

To defraud is to deprive by deceit: it is by deceit to induce a man to act to his injury. More tersely it may be put, that to deceive is by falsehood to induce a state of mind; to defraud is by deceit to induce a course of action.

C'est le point de vue qui a été adopté dans *In re London and Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728. Le juge Buckley y décrit la fraude en ces termes, aux pp. 732 et 733:

[TRADUCTION] Frauder, c'est déposséder par supercherie: c'est recourir à la supercherie pour induire quelqu'un à agir à son détriment. De façon plus concise, on peut dire que tromper c'est recourir au mensonge pour susciter un état d'esprit, alors que frauder c'est recourir à la supercherie pour provoquer une façon d'agir.

112 A broader definition of fraud was given in *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819 (H.L.). There, the definition of fraud which was adopted did not include deceit as an essential element. Rather, dishonesty and deprivation were held to be basic to the concept.

Une définition plus large de la fraude a été donnée dans *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819 (H.L.). La définition de la fraude adoptée dans cet arrêt n'incluait pas la supercherie comme élément essentiel. On considérerait plutôt la malhonnêteté et la privation comme des éléments fondamentaux de cette notion.

113 In *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, the reasoning in *Scott* was adopted and it was held that the two elements of fraud are dishonesty and deprivation. It was put in these words (at p. 1182):

Courts, for good reason, have been loath to attempt anything in the nature of an exhaustive definition of "defraud" but one may safely say, upon the authorities, that two elements are essential, "dishonesty" and "deprivation". To succeed, the Crown must establish dishonest deprivation.

Dans l'arrêt *R. v. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, la Cour a adopté le raisonnement suivi dans *Scott* et a conclu que les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. Elle s'est exprimée en ces termes (à la p. 1182):

Les tribunaux ont de bonnes raisons d'hésiter à définir de façon exhaustive le mot «frauder» (frustrer), mais on peut sans crainte dire que, selon la jurisprudence, deux éléments sont essentiels: la «malhonnêteté» et la «privation». Pour avoir gain de cause, le ministère public doit donc prouver la privation malhonnête.

As well the requirement of deprivation was widened so that the risk of deprivation alone is sufficient. Thus, the defrauded party need not show

De même, l'exigence de privation a été élargie de sorte que le risque de privation est suffisant en soi. Ainsi, la victime de la fraude n'est pas tenue de

actual harm or loss resulted from the actions of the accused (at p. 1182):

The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as the outcome of the fraud.

The *Olan* approach was endorsed in *R. v. Thérroux*, [1993] 2 S.C.R. 5. There the importance of defining the offence of fraud in light of the underlying objective of promoting honesty in commercial dealings was emphasized. McLachlin J. described the requisite elements of criminal fraud in these words, at pp. 25-26:

To establish the *actus reus* of fraud, the Crown must establish beyond a reasonable doubt that the accused practised deceit, lied, or committed some other fraudulent act. . . . [I]t will be necessary to show that the impugned act is one which a reasonable person would see as dishonest. Deprivation or the risk of deprivation must then be shown to have occurred as a matter of fact. To establish the *mens rea* of fraud the Crown must prove that the accused knowingly undertook the acts which constitute the falsehood, deceit or other fraudulent means, and that the accused was aware that deprivation could result from such conduct.

It was held that mere negligent misrepresentation would not amount to a fraudulent act. However, "deliberately practised fraudulent acts which, in the knowledge of the accused, actually put the property of others at risk" should be subject to criminal sanction (p. 26).

Next it must be determined whether non-disclosure can constitute fraud. Traditionally, courts were of the view that fraud does not include non-disclosure (*R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1 (Alta. S.C.T.D.)). However, *Olan*, *supra*, and *Thérroux*, *supra*, have endorsed a wider interpretation of fraud which can include non-disclosure in circumstances where it would be viewed by the reasonable person as dishonest. This view was upheld in *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29. At p. 44 McLachlin J. speaking for the majority, held that if the means to the alleged fraud can

prouver que les actes de l'accusé lui ont réellement causé un préjudice ou une perte (à la p. 1182):

On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle.

Le point de vue de l'arrêt *Olan* a été approuvé dans *R. c. Thérroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, où on a souligné l'importance de définir l'infraction de fraude en fonction de l'objectif sous-jacent de promotion de l'honnêteté dans les opérations commerciales. Le juge McLachlin a décrit en ces termes les éléments nécessaires de la fraude criminelle, aux pp. 25 et 26:

Pour établir l'*actus reus* de la fraude, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a eu recours à la supercherie ou au mensonge, ou qu'il a accompli quelque autre acte frauduleux. [. . .] [I]l faudra démontrer que l'acte reproché en est un qu'une personne raisonnable considérerait comme malhonnête. Il faut ensuite démontrer qu'il y a effectivement eu privation ou risque de privation. Pour établir la *mens rea* de la fraude, le ministère public doit démontrer que l'accusé a sciemment employé le mensonge, la supercherie ou un autre moyen dolosif alors qu'il savait qu'une privation pouvait en résulter.

La Cour a conclu que la simple déclaration inexacte faite par négligence ne constitue pas un acte frauduleux. Toutefois, «les actes frauduleux accomplis délibérément qui, à la connaissance de l'accusé, mettent vraiment en péril le bien d'autrui» devraient faire l'objet d'une sanction pénale (p. 26).

Il faut ensuite déterminer si la non-divulgarion ou dissimulation peut constituer de la fraude. Les tribunaux étaient traditionnellement d'avis que la fraude ne comprend pas la non-divulgarion (*R. c. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.* (1977), 39 C.R.N.S. 1 (C.S. 1^{re} inst. Alb.)). Toutefois, dans les arrêts *Olan* et *Thérroux*, précités, la Cour a approuvé une interprétation plus large de la fraude, qui peut comprendre la dissimulation dans des circonstances où elle serait considérée comme malhonnête par une personne raisonnable. Ce point de vue a été confirmé dans *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29.

114

115

be characterized objectively as dishonest they are fraudulent. This, it was observed, can include the non-disclosure of important facts.

Le juge McLachlin a statué, au nom de la majorité, à la p. 44, que si les moyens employés pour commettre la fraude alléguée peuvent être qualifiés objectivement de malhonnêtes, ils sont dolosifs. Elle a fait observer que cela peut comprendre la dissimulation de faits importants.

116 In summary, it can be seen that the essential elements of fraud are dishonesty, which can include non-disclosure of important facts, and deprivation or risk of deprivation.

En résumé, on peut constater que les éléments essentiels de la fraude sont la malhonnêteté, qui peut comprendre la non-divulgaration de faits importants, et la privation ou le risque de privation.

117 The principles which have been developed to address the problem of fraud in the commercial context can, with appropriate modifications, serve as a useful starting point in the search for the type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse in a prosecution for aggravated assault. It is now necessary to consider the type of fraud or fraudulent conduct which will vitiate consent in cases of sexual assault.

Les principes établis pour résoudre le problème de la fraude dans le contexte commercial peuvent, sous réserve de modifications appropriées, servir de point de départ utile pour déterminer le type de fraude qui viciera le consentement à des relations sexuelles dans des poursuites pour voies de fait graves. Il est maintenant nécessaire d'examiner quel type de fraude ou de conduite frauduleuse vicie le consentement dans des affaires d'agression sexuelle.

C. What Is the Type of Fraud Which May Vitate Consent in Cases of Sexual Assault?

C. Quel type de fraude peut vicier le consentement dans des affaires d'agression sexuelle?

118 At the outset it can be accepted that fraud pertaining to the nature and quality of the act or the identity of the partner will still constitute fraud which can be found to vitiate consent. What other acts of dishonesty which give rise to the risk of deprivation can have the same effect?

On peut accepter, au départ, que la fraude ayant trait à la nature et au caractère de l'acte ou à l'identité du partenaire continuera de pouvoir être considérée comme une fraude viciant le consentement. Quels autres actes de malhonnêteté engendrant un risque de privation peuvent avoir le même effet?

119 As early as 1917 courts in the United States accepted that a woman's consent to sexual intercourse is vitiated by the man's fraudulent concealment of the risk of infection from venereal disease. See *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917). This principle was affirmed in *Kathleen K. v. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (Ct. App. 1984). It was set out in these words at pp. 276-77:

Les tribunaux américains ont reconnu, dès 1917, que le consentement d'une femme à des rapports sexuels est vicié par la dissimulation frauduleuse par l'homme du risque de transmission d'une maladie vénérienne. Voir *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917). Ce principe a été confirmé dans *Kathleen K. c. Robert B.*, 198 Cal.Rptr. 273 (Ct. App. 1984). Il est énoncé en ces termes, aux pp. 276 et 277:

... a certain amount of trust and confidence exists in any intimate relationship, at least to the extent that one sexual partner represents to the other that he or she is free from venereal or other dangerous contagious disease. The basic premise underlying these old cases — consent to sexual intercourse vitiated by one partner's

[TRADUCTION] ... toute relation intime comporte une certaine confiance, à tout le moins dans la mesure où un partenaire sexuel déclare à l'autre qu'il n'est pas atteint d'une maladie vénérienne ou d'une autre maladie contagieuse grave. Le principe qui sous-tend ces anciennes décisions — le consentement à des rapports sexuels

fraudulent concealment of the risk of infection with venereal disease — is equally applicable today, whether or not the partners involved are married to each other.

Prior to the decision in *Clarence, supra*, this was also the position adopted by courts in England. In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, a man indecently assaulted his 13-year-old niece who as a result contracted a venereal disease. Although the niece was found to have consented to sexual intercourse with her uncle, it was held that the accused's failure to disclose that he was infected with a venereal disease amounted to fraud which vitiated that consent. In his instruction to the jury, Willes J. noted (at p. 925 E.R.):

An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault.

The *Bennett* principle that non-disclosure of a venereal disease is a type of fraud which will vitiate consent to sexual intercourse was applied in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28. Sinclair had sexual intercourse with a 12-year-old girl who, as a result, contracted gonorrhoea. He was charged with inflicting actual bodily harm. The court noted that if she consented, the accused's failure to communicate that he was afflicted with the venereal disease would vitiate that consent. Shee J. instructed the jury as follows, at p. 29:

If he knew that he had such a disease, and that the probable consequence would be its communication to the girl, and she in ignorance of it consented to the connection, and you are satisfied that she would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault. . . .

vicié par la dissimulation frauduleuse par l'un des partenaires du risque de transmission d'une maladie vénérienne — est tout aussi applicable aujourd'hui, peu importe que les partenaires soient ou non unis par les liens du mariage.

Avant la décision *Clarence*, précitée, c'était également le point de vue des tribunaux anglais. Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925, un homme avait attenté à la pudeur de sa nièce de 13 ans et lui avait alors transmis une maladie vénérienne. Même si elle a jugé que la nièce avait consenti à la relation sexuelle avec son oncle, la cour a conclu que l'omission par l'accusé de divulguer qu'il était atteint d'une maladie vénérienne constituait une fraude qui viciait ce consentement. Dans ses directives au jury, le juge Willes a souligné (à la p. 925 E.R.):

[TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur.

Le principe de la décision *Bennett* selon lequel la non-divulgence d'une maladie vénérienne est un type de fraude qui vicie le consentement à des rapports sexuels a été appliqué dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28. Sinclair avait eu des rapports sexuels avec une jeune fille de 12 ans, à qui il avait alors transmis la gonorrhée. Il a été accusé d'avoir infligé des lésions corporelles. La cour a souligné que, si la victime avait consenti aux rapports sexuels, l'omission de l'accusé de l'informer qu'il était atteint de cette maladie vénérienne vicierait ce consentement. Le juge Shee a donné au jury les directives suivantes, à la p. 29:

[TRADUCTION] S'il savait qu'il était atteint de cette maladie et qu'il la transmettrait probablement à la jeune fille, qui, ignorant ce fait, a consenti à la relation, et que vous êtes convaincus qu'elle n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, alors son consentement est vicié par la supercherie dont elle a été victime, et l'accusé sera coupable de voies de fait . . .

120

121

122 The *Clarence* decision rejected the broad approach to fraud set out in *Bennett* and *Sinclair*. There the court held that non-disclosure of a venereal infection was not related to the nature of the act of sexual intercourse and therefore the fraud did not vitiate the consent. For the reasons set out earlier neither the reasoning or conclusion reached in *Clarence* are acceptable.

123 The deadly consequences that non-disclosure of the risk of HIV infection can have on an unknowing victim, make it imperative that as a policy the broader view of fraud vitiating consent advocated in the pre-*Clarence* cases and in the U.S. decisions should be adopted. Neither can it be forgotten that the *Criminal Code* has been evolving to reflect society's attitude towards the true nature of the consent. The marital rape exemption was repealed in Canada in 1983. The defence of mistaken belief in consent was narrowed in the 1992 amendments. Section 273.2(b) eliminated consent as a defence to sexual assault in situations where the accused did not take reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting.

124 In my view, it should now be taken that for the accused to conceal or fail to disclose that he is HIV-positive can constitute fraud which may vitiate consent to sexual intercourse.

D. Will There Be a Valid Consent in the Absence of Disclosure?

125 Persons knowing that they are HIV-positive who engage in sexual intercourse without advising their partner of the disease may be found to fulfil the traditional requirements for fraud namely dishonesty and deprivation. That fraud may vitiate a partner's consent to engage in sexual intercourse.

126 The first requirement of fraud is proof of dishonesty. In light of the provisions of s. 265, the

La décision *Clarence* a rejeté l'interprétation large donnée à la fraude dans *Bennett* et *Sinclair*. La cour y a statué que la non-divulgence d'une maladie vénérienne n'avait aucun lien avec la nature des rapports sexuels et que, par conséquent, la fraude ne viciait pas le consentement. Pour les raisons mentionnées plus haut, ni le raisonnement suivi, ni la conclusion tirée dans la décision *Clarence* ne sont acceptables.

Les conséquences fatales que la non-divulgence du risque d'infection par le VIH peut avoir pour la victime tenue dans l'ignorance rendent impérieuse l'adoption, à titre de principe, du point de vue plus général préconisé dans la jurisprudence antérieure à la décision *Clarence* et dans les décisions américaines, selon lequel la fraude vicie le consentement. Il ne faut pas oublier non plus que le *Code criminel* a évolué de façon à refléter l'attitude de la société à l'égard de la véritable nature du consentement. L'exception du viol commis par un conjoint a été abrogée au Canada en 1983. Le moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement a été restreint par les modifications de 1992. L'alinéa 273.2b) a éliminé le consentement comme moyen de défense contre une accusation d'agression sexuelle lorsque l'accusé n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement du plaignant.

À mon avis, il y a maintenant lieu de considérer que le fait pour l'accusé de dissimuler ou de ne pas divulguer sa séropositivité peut constituer une fraude susceptible de vicier le consentement à des rapports sexuels.

D. Le consentement sera-t-il valide en l'absence de divulgation?

Les personnes qui, sachant qu'elles sont séropositives, ont des rapports sexuels sans aviser leur partenaire de leur maladie peuvent être considérées comme satisfaisant aux conditions traditionnelles de l'existence d'une fraude, à savoir la malhonnêteté et la privation. Cette fraude peut vicier le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels.

La première condition pour qu'il y ait fraude est la preuve de la malhonnêteté. Selon les disposi-

dishonest action or behaviour must be related to the obtaining of consent to engage in sexual intercourse, in this case unprotected intercourse. The actions of the accused must be assessed objectively to determine whether a reasonable person would find them to be dishonest. The dishonest act consists of either deliberate deceit respecting HIV status or non-disclosure of that status. It cannot be forgotten that the act of intercourse is usually far more than the mere manifestation of the drive to reproduce. It can be the culminating demonstration of love, admiration and respect. It is the most intimate of physical relations and what actions and reactions led to mutual consent to undertake it will in retrospect be complex. It would be pointless to speculate whether consent would more readily follow deliberate falsehoods than failure to disclose. The possible consequence of engaging in unprotected intercourse with an HIV-positive partner is death. In these circumstances there can be no basis for distinguishing between lies and a deliberate failure to disclose.

Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. To put it in the context of fraud the greater the risk of deprivation the higher the duty of disclosure. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences. In those circumstances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented.

tions de l'art. 265, l'acte ou le comportement malhonnête doit avoir trait à l'obtention du consentement aux rapports sexuels, en l'occurrence des rapports non protégés. Les actes de l'accusé doivent être appréciés objectivement afin d'établir s'ils seraient considérés comme malhonnêtes par une personne raisonnable. L'acte malhonnête est soit une supercherie délibérée concernant la séropositivité, soit la non-divulgation de cet état de santé. Il ne faut pas oublier que les relations sexuelles sont habituellement plus qu'une simple manifestation de l'instinct de reproduction. Elles peuvent être le point culminant d'une démonstration d'amour, d'admiration et de respect. Elles représentent les relations physiques les plus intimes, et les actions et réactions à l'origine du consentement mutuel à s'y livrer sont complexes et difficiles à saisir rétrospectivement. Il ne servirait à rien de conjecturer sur la question de savoir si le consentement résulterait plus facilement de mensonges délibérés que de l'omission de divulguer. La mort est la conséquence possible de rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les mensonges et l'omission délibérée de divulguer.

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide. L'obligation de divulguer augmentera avec les risques que comportent les rapports sexuels. En matière de fraude par exemple, plus le risque de privation est élevé, plus l'obligation de divulguer est grande. L'omission de divulguer la séropositivité peut conduire à une maladie dévastatrice ayant des conséquences mortelles. Dans ces circonstances, il existe une obligation absolue de divulguer. La nature et l'étendue de l'obligation de divulguer, s'il en est, devront toujours être examinées en fonction des faits en présence.

128

The second requirement of fraud is that the dishonesty result in deprivation, which may consist of actual harm or simply a risk of harm. Yet it cannot be any trivial harm or risk of harm that will satisfy this requirement in sexual assault cases where the activity would have been consensual if the consent had not been obtained by fraud. For example, the risk of minor scratches or of catching cold would not suffice to establish deprivation. What then should be required? In my view, the Crown will have to establish that the dishonest act (either falsehoods or failure to disclose) had the effect of exposing the person consenting to a significant risk of serious bodily harm. The risk of contracting AIDS as a result of engaging in unprotected intercourse would clearly meet that test. In this case the complainants were exposed to a significant risk of serious harm to their health. Indeed their very survival was placed in jeopardy. It is difficult to imagine a more significant risk or a more grievous bodily harm. As Holland, *supra*, at p. 283, wrote:

The consequences of transmission are grave: at the moment there is no "cure", a person infected with HIV is considered to be infected for life. The most pessimistic view is that without a cure all people infected with the virus will eventually develop AIDS and die prematurely.

129

To have intercourse with a person who is HIV-positive will always present risks. Absolutely safe sex may be impossible. Yet the careful use of condoms might be found to so reduce the risk of harm that it could no longer be considered significant so that there might not be either deprivation or risk of deprivation. To repeat, in circumstances such as those presented in this case, there must be a significant risk of serious bodily harm before the section can be satisfied. In the absence of those criteria, the duty to disclose will not arise.

130

In situations such as that presented in this case it must be emphasized that the Crown will still be

La deuxième condition de l'existence d'une fraude est que la malhonnêteté entraîne une privation sous forme de préjudice réel ou, simplement, de risque de préjudice. Un préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition dans les cas d'agression sexuelle où l'activité aurait été consensuelle si le consentement n'avait pas été obtenu par fraude. Par exemple, le risque de subir de légères égratignures ou d'attraper un rhume ne suffirait pas pour établir la privation. Que faudrait-il alors? À mon avis, le ministère public devra établir que l'acte malhonnête (les mensonges ou l'omission de divulguer) a eu pour effet d'exposer la personne consentante à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter le sida par suite de rapports sexuels non protégés satisferait clairement à ce critère. En l'espèce, les plaignantes étaient exposées à un risque important pour leur santé. En fait, leur survie même était menacée. Il est difficile d'imaginer un risque plus grand ou des lésions corporelles plus graves. Comme l'a écrit Holland, *loc. cit.*, à la p. 283:

[TRADUCTION] Les conséquences de la transmission sont graves: à l'heure actuelle, il n'existe aucun «remède», la personne infectée par le VIH est considérée comme infectée pour la vie. Le point de vue le plus pessimiste est que, sans la découverte d'un remède, toutes les personnes infectées par le virus développeront éventuellement le sida et décéderont prématurément.

Les relations sexuelles avec une personne séropositive comporteront toujours des risques. Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles. Toutefois, on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important, de sorte qu'il se pourrait qu'il n'y ait plus de privation ou de risque de privation. Encore une fois, dans des circonstances comme celles de la présente affaire, il doit y avoir un risque important de lésions corporelles graves pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'article. En l'absence de ces critères, il n'y aura aucune obligation de divulguer.

Dans des situations comme celle qui se présente en l'espèce, il faut souligner que le ministère

required to prove beyond a reasonable doubt that the complainant would have refused to engage in unprotected sex with the accused if she had been advised that he was HIV-positive. As unlikely as that may appear it remains a real possibility. In the words of other decisions it remains a live issue.

Since writing I have had the opportunity of reading the reasons of L'Heureux-Dubé J. written with her customary clarity. It is her position (at para. 16) that any fraud that is "designed to induce the complainant to submit" to the act will vitiate consent and constitute an assault. In her view to do anything less would set a separate standard for fraud in cases of sexual assaults. With respect, this appears to add an additional *mens rea* requirement for fraud, but more importantly this position could give rise to unfortunate consequences. It would trivialize the criminal process by leading to a proliferation of petty prosecutions instituted without judicial guidelines or directions.

It must be remembered that what is being considered is a consensual sexual activity which would not constitute assault were it not for the effect of fraud. Obviously if the act of intercourse or other sexual activity was consensual it could not be an assault. It is only because the consent was obtained by fraud that it is vitiated. Aggravated assault is a very serious offence. Indeed, a conviction for any sexual assault has grave consequences. The gravity of those offences makes it essential that the conduct merit the consequences of conviction.

In the case at bar, the failure to disclose the presence of HIV put the victims at a significant risk of serious bodily harm. The assault provisions of the *Criminal Code* are applicable and appropriately framed to deter and punish this dangerous and deplorable behaviour. To say that any fraud which induces consent will vitiate consent would bring within the sexual assault provisions of the *Code* behaviour which lacks the reprehensible

public sera toujours tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante aurait refusé d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé si elle avait été informée qu'il était séropositif. Aussi improbable que cela puisse paraître, il s'agit là d'une possibilité réelle. Pour reprendre les termes d'autres décisions, cette question se pose toujours.

Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux que le juge L'Heureux-Dubé a rédigés avec sa clarté habituelle. Elle considère (au par. 16) que toute fraude destinée «à inciter le plaignant à se soumettre» à l'acte vicie le consentement donné et constitue des voies de fait. Se contenter de moins reviendrait, selon elle, à établir une norme distincte pour la fraude dans les affaires d'agression sexuelle. En toute déférence, cela semble ajouter une exigence de *mens rea* applicable à la fraude et, qui plus est, cette position pourrait avoir de fâcheuses conséquences. Elle banaliserait le processus criminel en entraînant une prolifération de poursuites mineures engagées sans lignes directrices ni directives judiciaires.

Il faut se rappeler que ce qui est examiné c'est une activité sexuelle consensuelle qui ne constituerait pas des voies de fait n'était-ce de la fraude. Manifestement, si les rapports ou autres actes sexuels étaient consensuels, il ne pourrait s'agir de voies de fait. Ce n'est que parce que le consentement a été obtenu par fraude qu'il est vicié. Les voies de fait graves sont une infraction très sérieuse. En fait, la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle a de lourdes conséquences. En raison de la gravité de ces infractions, il est essentiel de s'assurer que la conduite en cause mérite les conséquences de la déclaration de culpabilité.

En l'espèce, l'omission de divulguer la séropositivité a exposé les victimes à un risque important de lésions corporelles graves. Les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait s'appliquent et sont conçues pour punir ce type de comportement dangereux et déplorable, et pour dissuader les gens de l'adopter. Affirmer que toute fraude qui incite à consentir vicie le consentement donné aurait pour effet d'assujettir aux dispositions

131

132

133

character of criminal acts. Let us consider some of the situations which would become criminal if this approach were followed.

134

In these examples I will assume that it will more often be the man who lies but the resulting conviction and its consequences would be the same if it were the woman. Let us assume that the man lied about his age and consensual sexual act or acts then took place. The complainant testifies and establishes that her consent would never have been given were it not for this lie and that detriment in the form of mental distress, had been suffered. Fraud would then be established as a result of the dishonesty and detriment and although there had been no serious risk of significant bodily harm a conviction would ensure.

135

The same result would necessarily follow if the man lied as to the position of responsibility held by him in a company; or the level of his salary; or the degree of his wealth; or that he would never look at or consider another sexual partner; or as to the extent of his affection for the other party; or as to his sexual prowess. The evidence of the complainant would establish that in each case the sexual act took place as a result of the lie and detriment was suffered. In each case consent would have been obtained by fraud and a conviction would necessarily follow. The lies were immoral and reprehensible but should they result in a conviction for a serious criminal offence? I trust not. It is no doubt because of this potential trivialization that the former provisions of the *Code* required the fraud to be related to the nature and quality of the act. This was too restrictive. Yet some limitations on the concept of fraud as it applies to s. 265(3)(c) are clearly necessary or the courts would be overwhelmed and convictions under the sections would defy common sense. The existence of fraud should not vitiate consent unless there is a significant risk of serious harm. Fraud which leads to consent to a sexual act but which does not have that significant risk might ground a civil action. However, it

du *Code* relatives à l'agression sexuelle un comportement qui n'a pas le caractère répréhensible d'un acte criminel. Examinons certaines des situations qui deviendraient criminelles si ce point de vue était adopté.

Dans les exemples qui suivent, je vais présumer que c'est plus souvent l'homme qui ment, mais la déclaration de culpabilité et les conséquences seraient les mêmes si c'était la femme qui mentait. Supposons qu'un seul ou plusieurs actes sexuels consensuels aient été accomplis après que l'homme eut menti au sujet de son âge. La plaignante établit dans son témoignage que, n'eût été ce mensonge, elle n'aurait jamais donné son consentement et qu'elle a subi un préjudice sous forme de souffrances morales. Il y aurait alors fraude en raison de la malhonnêteté et du préjudice et, même s'il n'y avait pas eu de risque important de lésions corporelles graves, une déclaration de culpabilité s'ensuivrait.

On arriverait nécessairement au même résultat si l'homme avait menti au sujet de son poste de responsabilité dans une compagnie, de son salaire, de sa fortune, de son affection pour l'autre, de ses prouesses sexuelles, ou encore en affirmant qu'il ne regarderait ou ne rechercherait jamais une autre partenaire sexuelle. Le témoignage de la plaignante établirait, dans chaque cas, que l'acte sexuel a résulté du mensonge en question et qu'un préjudice a été subi. Dans chaque cas, le consentement aurait été obtenu par fraude et une déclaration de culpabilité s'ensuivrait nécessairement. Les mensonges étaient immoraux et répréhensibles, mais devraient-ils entraîner une déclaration de culpabilité d'infraction criminelle grave? J'espère que non. C'est sans doute à cause de ce risque de banalisation que les dispositions antérieures du *Code* exigeaient que la fraude ait trait à la nature et au caractère de l'acte. Cette exigence était trop restrictive. Pourtant, il est clairement nécessaire d'apporter certaines restrictions à la notion de fraude applicable à l'al. 265(3)(c), si on veut éviter l'engorgement des tribunaux et des déclarations de culpabilité fondées sur ces dispositions, qui soient contraires au bon sens. L'existence d'une fraude ne devrait vicier le consentement que s'il y a un ris-

should not provide the foundation for a conviction for sexual assault. The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm. This is the standard which I think is appropriate and provides a reasonable balance between a position which would deny that the section could be applied in cases of fraud vitiating consent and that which would proliferate petty prosecutions by providing that any fraud which induces consent will vitiate that consent.

Nor can prosecutorial discretion be used or considered as a means of restraining these prosecutions. In *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, it was held that “the holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of [that] right” (p. 1063). This same principle is applicable in this situation. There is a healthy reluctance to endorse the exercise of prosecutorial discretion as a legitimate means of narrowing the applicability of a criminal section.

It follows that in circumstances such as those presented in this case there must be a significant risk of serious harm if the fraud resulting from non-disclosure is to vitiate the consent to the act of intercourse. For the purposes of this case, it is not necessary to consider every set of circumstances which might come within the proposed guidelines. The standard is sufficient to encompass not only the risk of HIV infection but also other sexually transmitted diseases which constitute a significant risk of serious harm. However, the test is not so broad as to trivialize a serious offence.

In summary, on facts presented in this case, it would be open to the trier of fact to conclude that

que important de préjudice grave. La fraude qui amène à consentir à un acte sexuel mais qui ne comporte pas ce risque important pourrait justifier des poursuites civiles. Cependant, elle ne devrait pas servir de fondement à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. La fraude requise pour vicier le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave. Telle est la norme qui convient, à mon avis, et qui établit un équilibre raisonnable entre un point de vue qui rendrait impossible l’application de l’article aux cas de fraude viciant le consentement donné et celui qui favoriserait la prolifération de poursuites mineures en prévoyant que toute fraude qui incite à consentir vicie le consentement ainsi donné.

Ce n’est pas non plus au pouvoir discrétionnaire de poursuivre qu’il faut songer ou recourir pour limiter le nombre de poursuites semblables. Dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, il a été statué que «le titulaire d’un droit constitutionnel n’a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre» (p. 1063). Le même principe est applicable à la présente situation. Il existe une saine réticence à approuver l’exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre comme moyen légitime de restreindre l’applicabilité d’une disposition en matière de droit criminel.

Il s’ensuit que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l’espèce, il doit y avoir un risque important de préjudice grave pour que la fraude découlant d’une non-divulgence vicie le consentement à des rapports sexuels. Aux fins de la présente affaire, il n’est pas nécessaire d’examiner chaque ensemble de circonstances susceptible de relever des lignes directrices proposées. La norme est suffisante pour viser non seulement le risque d’infection par le VIH, mais aussi celui de contracter d’autres maladies transmissibles sexuellement qui constituent un risque important de préjudice grave. Cependant, elle n’est pas large au point de banaliser une infraction grave.

En résumé, d’après les faits de la présente affaire, il serait loisible au juge des faits de con-

136

137

138

the respondent's failure to disclose his HIV-positive status was dishonest; that it resulted in deprivation by putting the complainants at a significant risk of suffering serious bodily harm. If that conclusion is reached, the complainants' consent to sexual intercourse could properly be found to have been vitiated by fraud. It can be seen that applying the proposed standard effectively resolves the issue in this case. However, it is said that the test is too vague. Yet, it cannot be forgotten that all tests or definitions are based on words. They are the building blocks of the law.

clure que l'omission de l'intimé de divulguer sa séropositivité était malhonnête et qu'elle a entraîné une privation en exposant les plaignantes à un risque important de lésions corporelles graves. Si une telle conclusion est tirée, on pourrait, à juste titre, conclure que le consentement des plaignantes aux rapports sexuels a été vicié par une fraude. On peut constater que l'application de la norme proposée règle effectivement la question en l'espèce. Toutefois, on dit que ce critère est trop vague. Pourtant, on ne saurait oublier que tous les critères ou toutes les définitions reposent sur des mots. Ils sont les composantes de base du droit.

139

The phrase "significant risk of serious harm" must be applied to the facts of each case in order to determine if the consent given in the particular circumstances was vitiated. Obviously consent can and should, in appropriate circumstances, be vitiated. Yet this should not be too readily undertaken. The phrase should be interpreted in light of the gravity of the consequences of a conviction for sexual assault and with the aim of avoiding the trivialization of the offence. It is difficult to draw clear bright lines in defining human relations particularly those of a consenting sexual nature. There must be some flexibility in the application of a test to determine if the consent to sexual acts should be vitiated. The proposed test may be helpful to courts in achieving a proper balance when considering whether on the facts presented, the consent given to the sexual act should be vitiated.

L'expression «risque important de préjudice grave» doit être appliquée aux faits de chaque cas pour décider si le consentement donné dans les circonstances en cause était vicié. Il est évident que le consentement peut et devrait être vicié dans des circonstances appropriées. Encore est-il que cela ne devrait pas être fait trop aisément. Cette expression devrait être interprétée en fonction de la gravité des conséquences d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de manière à éviter la banalisation de l'infraction. Il est difficile de tracer des lignes claires et précises lorsqu'il s'agit de définir des rapports humains, particulièrement ceux de nature sexuelle consensuelle. L'application d'un critère pour déterminer si le consentement à des actes sexuels devrait être vicié doit être marquée par une certaine souplesse. Le critère proposé peut permettre aux tribunaux d'atteindre un juste équilibre en examinant, si d'après les faits en présence, le consentement donné à l'acte sexuel devrait être vicié.

E. Does Public Policy Require that the Provisions of Public Health Acts and Regulations Be Used to the Exclusion of the Criminal Code?

E. L'intérêt public exige-t-il que seules soient appliquées les dispositions des lois et règlements sur la santé publique, à l'exclusion du Code criminel?

140

Intervenors submitted that the criminal law is not the most effective tool for dealing with HIV transmission. They argued that public health initiatives are more appropriately employed to control the spread of HIV and AIDS. They submitted that provinces have established a wide network of testing, education, counselling and support services for people infected by HIV/AIDS. Additionally, it

Des intervenants ont fait valoir que le droit criminel n'est pas le meilleur moyen de régler le problème de la transmission du VIH. Ils ont prétendu que les initiatives en matière de santé publique sont plus appropriées pour freiner la propagation du VIH et du sida. Ils ont soutenu que les provinces ont établi un vaste réseau de services de dépistage, d'éducation, de consultation et de sou-

was argued that all Canadian provinces have in place comprehensive public health legislation which gives public health authorities broad powers which can be exercised for the protection of public health. These Acts also provide for the monitoring of the spread of HIV/AIDS and other diseases, the imposition of reporting obligations and mandatory treatment or testing of those suspected of being infected with a transmissible disease.

It was forcefully contended that these endeavours may well prove more effective in controlling the disease than any criminal sanctions which can be devised. However, the criminal law does have a role to play both in deterring those infected with HIV from putting the lives of others at risk and in protecting the public from irresponsible individuals who refuse to comply with public health orders to abstain from high-risk activities. This case provides a classic example of the ineffectiveness of the health scheme. The respondent was advised that he was HIV-positive and on three occasions he was instructed to advise his partner of this and not to have unprotected sex. Nevertheless, he blithely ignored these instructions and endangered the lives of two partners.

Where public health endeavours fail to provide adequate protection to individuals like the complainants, the criminal law can be effective. It provides a needed measure of protection in the form of deterrence and reflects society's abhorrence of the self-centered recklessness and the callous insensitivity of the actions of the respondent and those who have acted in a similar manner. The risk of infection and death of partners of HIV-positive individuals is a cruel and ever present reality. Indeed the potentially fatal consequences are far more invidious and graver than many other actions prohibited by the *Criminal Code*. The risks of infection are so devastating that there is a real and urgent need to provide a measure of protection for those in the position of the complainants. If ever there was a place for the deterrence provided by criminal sanctions it is present in these circum-

ten pour les personnes infectées par le VIH ou atteintes du sida. Ils ont ajouté que toutes les provinces canadiennes ont adopté une législation complète en matière de santé publique qui confère aux autorités sanitaires de larges pouvoirs pour assurer la protection de la santé publique. Ces lois prescrivent aussi la surveillance de la propagation du VIH ou du sida ainsi que d'autres maladies, l'obligation de signaler les maladies et le traitement ou dépistage obligatoire des personnes soupçonnées d'être atteintes d'une maladie transmissible.

On a prétendu avec vigueur que ces efforts pourraient bien se révéler plus efficaces que n'importe quelle sanction pénale pour freiner la maladie. Le droit criminel a toutefois un rôle à jouer à la fois pour dissuader les personnes infectées par le VIH de mettre en danger la vie d'autrui et pour protéger le public contre les individus irresponsables qui refusent de se conformer aux ordonnances en matière de santé publique leur enjoignant d'éviter les activités à risques élevés. La présente affaire est un exemple classique des limites du régime de soins de santé. L'intimé a été informé qu'il était séropositif et s'est vu conseiller, à trois reprises, d'avertir sa partenaire de ce fait et d'éviter les relations sexuelles non protégées. Il a néanmoins passé outre à ces conseils et a mis en danger la vie de deux partenaires.

Lorsque les efforts en matière de santé publique ne permettent pas d'assurer une protection adéquate à des personnes comme les plaignantes, le droit criminel peut être efficace. Il fournit une mesure de protection nécessaire sous forme de dissuasion et reflète l'aversion de la société à l'égard de l'insouciance égocentrique et de l'indifférence grossière de l'intimé et de ceux qui agissent pareillement. Le risque d'infection et de mort qui menace les partenaires des personnes séropositives est une réalité cruelle et permanente. En fait, les conséquences potentiellement fatales sont beaucoup plus odieuses et graves que celles de bien d'autres actes prohibés par le *Code criminel*. Les risques d'infection sont si dévastateurs qu'il existe un besoin réel et urgent d'assurer une certaine protection aux personnes qui se trouvent dans la situation des plaignantes. Si la dissuasion assurée par

141

142

stances. It may well have the desired effect of ensuring that there is disclosure of the risk and that appropriate precautions are taken.

143

One of the arguments put forward against criminalization was that it will deter those in high-risk groups or marginalized communities from seeking testing. I cannot accept this argument. It is unlikely that individuals would be deterred from seeking testing because of the possibility of criminal sanctions arising later. Those who seek testing basically seek treatment. It is unlikely that they will forego testing because of the possibility of facing criminal charges should they ignore the instructions of public health workers. Although some contrary opinions were referred to, I prefer that of Holland, *supra*, who wrote at p. 288:

Individuals will not be deterred from testing just because of the possibility that at some future stage they may face criminal liability. . . . People want to know whether they are infected or not and whether any treatment is available. Fear of possible future prosecution for something which has not yet occurred is most unlikely to deter anyone from being tested.

144

It was also argued that criminalizing non-disclosure of HIV status will undermine the educational message that all are responsible for protecting themselves against HIV infection. Yet this argument can have little weight. Surely those who know they are HIV-positive have a fundamental responsibility to advise their partners of their condition and to ensure that their sex is as safe as possible. It is true that all members of society should be aware of the danger and take steps to avoid the risk. However, the primary responsibility for making the disclosure must rest upon those who are aware they are infected. I would hope that every member of society no matter how "marginalized" would be sufficiently responsible that they would advise their partner of risks. In these circumstances it is, I trust, not too much to expect that the infected person would advise his partner of his

les sanctions pénales a sa place, c'est bien dans les présentes circonstances. Elle peut bien avoir l'effet souhaité, qui est d'assurer que le risque soit divulgué et que les précautions qui s'imposent soient prises.

L'un des arguments avancés contre la criminalisation est qu'elle dissuadera les membres de groupes à risques élevés ou de communautés marginalisées de recourir au dépistage. Je ne puis retenir cet argument. Il est peu probable que des personnes soient dissuadées de recourir au dépistage en raison de la possibilité de sanctions pénales ultérieures. Les personnes qui demandent à subir un test de dépistage demandent essentiellement un traitement. Il est improbable qu'elles renonceront au dépistage par crainte de faire l'objet de poursuites criminelles si jamais elles ne tiennent pas compte des conseils d'employés des services de santé publique. Bien que des opinions contraires aient été mentionnées, je préfère celle de Holland, *loc. cit.*, qui écrit à la p. 288:

[TRADUCTION] Les gens ne seront pas dissuadés de recourir au dépistage en raison du seul risque d'être éventuellement tenus criminellement responsables. [. . .] Les gens veulent savoir s'ils sont infectés ou non et s'il existe un traitement. La crainte de poursuites ultérieures pour quelque chose qui n'a pas encore eu lieu n'est vraisemblablement pas susceptible de dissuader qui que ce soit de subir un test de dépistage.

On a aussi fait valoir que la criminalisation de la non-divulgence de la séropositivité minera le message éducatif selon lequel chaque personne a la responsabilité de se protéger contre le VIH. Encore est-il que cet argument a peu de poids. Il est certain que les personnes qui savent qu'elles sont séropositives ont la responsabilité fondamentale d'aviser leur partenaire de leur séropositivité et de s'assurer que leurs rapports sexuels présentent le moins de risques possible. Il est vrai que tous les membres de la société devraient être conscients du danger et prendre des mesures pour éviter ce risque. Toutefois, la responsabilité première de la divulgation doit incomber aux personnes qui savent qu'elles sont infectées. J'ose espérer que chaque membre de la société, quel que soit son degré de «marginalisation», est suffisamment responsable pour aviser son partenaire des risques en

infection. That responsibility cannot be lightly shifted to unknowing members of society who are wooed, pursued and encouraged by infected individuals to become their sexual partners.

It was also contended that criminalization would further stigmatize all persons with HIV/AIDS. However it cannot be forgotten that the further stigmatization arises as a result of a sexual assault and not because of the disease. Just as an HIV-positive individual convicted of armed robbery will be further stigmatized but it will not be related to the status of his health. To proceed by way of a criminal charge for assault is not to "criminalize" the respondent's activities. Rather, it is simply to apply the provisions of the *Code* to conduct which could constitute the crime of assault and thereby infringe s. 265.

As Benjamin Disraeli so aptly put it, there are lies, damn lies and statistics. Yet statistics may be useful in certain circumstances. No doubt both sides can gain comfort from statistics when the public policy issue is considered. The following statistics may in any event be important. First, it is significant that the percentage of persons using condoms in the U.S. and Canada, despite the threat of HIV/AIDS, remains alarmingly low. According to U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention in 1995 only 13.1 percent of women between the ages of 15-44 used condoms (National Center for Health Statistics, *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23, No. 19 (May 1997)). In Canada, regular condom use prior to 1990 was reported only in 24.8 percent of men and 15.6 percent of women in college or university (Health Canada, "Oral Contraceptive and Condom Use", in *STD Epi Update* (November 1997)). Perhaps most distressing is the fact that the rate of new HIV infections in Canada continues to rise steadily. In 1996 there were between 3,000 and 5,000 esti-

cause. En pareil cas, selon moi, on devrait pouvoir s'attendre à ce que la personne infectée avise son partenaire de son infection. Cette responsabilité ne peut être transmise à la légère à des membres de la société, tenus dans l'ignorance, que des personnes infectées courtisent, poursuivent et encouragent à devenir leur partenaire sexuel.

On a également prétendu que la criminalisation stigmatiserait encore davantage toutes les personnes infectées par le VIH ou atteintes du sida. Il faut toutefois se rappeler que la stigmatisation accrue découle d'une agression sexuelle et non de la maladie. Ainsi, la personne séropositive qui est déclarée coupable de vol à main armée sera stigmatisée davantage, mais cela n'aura rien à voir avec son état de santé. Procéder par voie d'accusation criminelle de voies de fait n'est pas «criminaliser» les activités de l'intimé. Au contraire, c'est simplement appliquer les dispositions du *Code* à une conduite susceptible de constituer un crime de voies de fait et d'enfreindre ainsi l'art. 265.

Comme l'a si bien dit Benjamin Disraeli, il y a les mensonges, les maudits mensonges et les statistiques. Les statistiques peuvent pourtant être utiles dans certaines circonstances. Il n'y a aucun doute que les statistiques peuvent reconforter les deux parties lorsque la question de l'intérêt public est en cause. Les statistiques suivantes peuvent de toute façon être importantes. Premièrement, on constate la faiblesse alarmante du pourcentage de personnes utilisant le condom aux États-Unis et au Canada, malgré la menace du VIH et du sida. Selon les Centers for Disease Control and Prevention du U.S. Department of Health and Human Services, en 1995, seulement 13,1 pour 100 des femmes âgées entre 15 et 44 ans utilisaient le condom (National Center for Health Statistics, *Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health — New Data From the 1995 National Survey of Family Growth*, Series 23, No. 19 (mai 1997)). Au Canada, on rapporte qu'avant 1990 seulement 24,8 pour 100 des hommes et 15,6 pour 100 des femmes fréquentant les collèges ou universités utilisaient régulièrement le condom (Santé Canada, «Utilisation des contraceptifs oraux et du condom», dans *Actualités en*

145

146

mated new infections up from 2,500-3,000 per year in the period 1989-1994 (Health Canada, "AIDS and HIV in Canada", in *HIV/AIDS Epi Update* (November 1997)). This appears to indicate that public education alone has not been successful in modifying the behaviour of individuals at risk of contracting AIDS. It follows that if the deterrence of criminal law is applicable it may well assist in the protection of individuals and it should be utilized.

épidémiologie sur les MTS (novembre 1997)). Le plus désolant est peut-être le fait que le taux de nouveaux cas de séropositivité au Canada continue d'augmenter régulièrement. On a estimé qu'il y a eu, en 1996, entre 3 000 et 5 000 nouveaux cas d'infection, alors qu'il y en avait eu entre 2 500 et 3 000 par année de 1989 à 1994 (Santé Canada, «VIH et le sida au Canada», dans *Actualités en épidémiologie sur le VIH/sida* (novembre 1997)). Cela semble indiquer que l'éducation du public n'a pas réussi, à elle seule, à modifier le comportement des individus susceptibles de contracter le sida. Il s'ensuit que, si la dissuasion qu'offre le droit criminel est applicable, elle peut bien aider à protéger les gens et devrait être utilisée.

147

In summary, an individual who knows he is HIV-positive and has unprotected sexual intercourse without disclosing this condition to his partner may be found guilty of contravening the provisions of s. 265 of the *Criminal Code*. The section provides protection by way of deterrence for those in the position of the complainants. This section like so many provisions of the *Code* is designed to protect society and this protective role must be recognized and enforced. It is right and proper for Public Health authorities to be concerned that their struggles against AIDS should not be impaired. Yet the *Criminal Code* does have a role to play. Through deterrence it will protect and serve to encourage honesty, frankness and safer sexual practices. If the application of the *Criminal Code* really does impede the control of AIDS it will be for Parliament to determine whether the protection afforded by the *Code* should be curtailed in the interests of controlling the plague solely by public health measures.

V. Disposition

148

In the result the appeal is allowed, the orders of the Court of Appeal and of the trial judge are set aside and a new trial is directed.

Appeal allowed and new trial ordered.

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

En résumé, la personne qui sait qu'elle est séropositive et qui a des rapports sexuels non protégés sans divulguer son état de santé à son partenaire peut être déclarée coupable de violation des dispositions de l'art. 265 du *Code criminel*. Cet article protège, par voie de dissuasion, les personnes qui se trouvent dans la situation des plaignantes. À l'instar de tant de dispositions du *Code*, cet article vise à protéger la société et ce rôle de protection doit être reconnu et respecté. C'est bien le moins que les autorités en matière de santé publique soient soucieuses d'éviter que leur lutte contre le sida ne soit pas entravée. Le *Code criminel* a toutefois un rôle à jouer. Grâce à la dissuasion, il protégera et contribuera à encourager l'honnêteté, la franchise et les pratiques sexuelles moins risquées. Si l'application du *Code criminel* nuit effectivement à la lutte contre le sida, il appartiendra au législateur de déterminer s'il y a lieu de réduire la protection accordée par le *Code* et de miser exclusivement sur les mesures en matière de santé publique pour lutter contre ce fléau.

V. Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli, les ordonnances de la Cour d'appel et du juge du procès sont annulées et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

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

Solicitor for the respondent: Douglas J. Stewart, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the interveners Canadian AIDS Society, Persons with AIDS Society of British Columbia and Canadian HIV/AIDS Legal Network: Goodman & Carr, Toronto; Iler, Campbell, Klippenstein, Toronto.

Procureur de l'intimé: Douglas J. Stewart, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs des intervenants Société canadienne du sida, Persons with AIDS Society of British Columbia et Réseau juridique canadien VIH/sida: Goodman & Carr, Toronto; Iler, Campbell, Klippenstein, 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 3, 1998 Vol. 2

3^e cahier, 1998 Vol. 2

Cited as [1998] 2 S.C.R. 443-596

Renvoi [1998] 2 R.C.S. 443-596

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

Eurig Estate (Re) 565

Constitutional law — Estates — Executors and administrators — Probate fees — Provincial regulation providing for probate fee based on value of estate administered — Whether probate levy a fee or a tax — Whether ad valorem levy ultra vires on ground that it is an indirect tax — Whether ad valorem levy invalid on ground that it was imposed by body other than provincial legislature — O. Reg. 293/92, s. 2(1) — Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6, s. 5 — Constitution Act, 1867, ss. 53, 54, 90, 92(2).

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.) 534

Family law — Guardianship — Right of access — Children in need of protection — Order awarding permanent guardianship to Minister of Health and Community Services — Whether order granting parents access can be made in conjunction with

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

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.) 534

Droit de la famille — Tutelle — Droit de visite — Enfants ayant besoin de protection — Ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de la Santé et des Services communautaires — Peut-on greffer à une ordonnance de tutelle permanente une ordonnance d'accès en faveur des parents naturels? — La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant dans la décision du juge de première instance de refuser aux parents naturels l'accès aux enfants?

R. c. Hodgson 449

Droit criminel — Preuve — Confessions — Sommé de s'expliquer par la plaignante et ses parents l'accusé a avoué le crime — Accusé tenu à la pointe du couteau après sa déclaration — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans objection de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

permanent guardianship order — Whether Court of Appeal erred in intervening in trial judge's decision to deny natural parents access to children.

R. v. Hodgson 449

Criminal law — Evidence — Confessions — Accused admitting crime to complainant and her parents when confronted by them — Accused held at knife-point after making statement — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

R. v. Wells..... 517

Criminal law — Evidence — Confessions — Parents of victims of sexual assault consulting with police and deciding to trick accused into confession — Statement made to parent wielding knife and making death threat — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.) 443

Judgments and orders — Suspension of judgment — Motion to extend period of suspension of judgment requested by Attorney General of Canada — Motion granted.

SOMMAIRE (Fin)

l'exigence relative à la personne en situation d'autorité doit-elle continuer à faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — L'obligation de demander un voir-dire incombe-t-elle dans tous les cas à la défense? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Éléments de preuve qui font naître l'obligation de tenir un voir-dire.

R. c. Wells..... 517

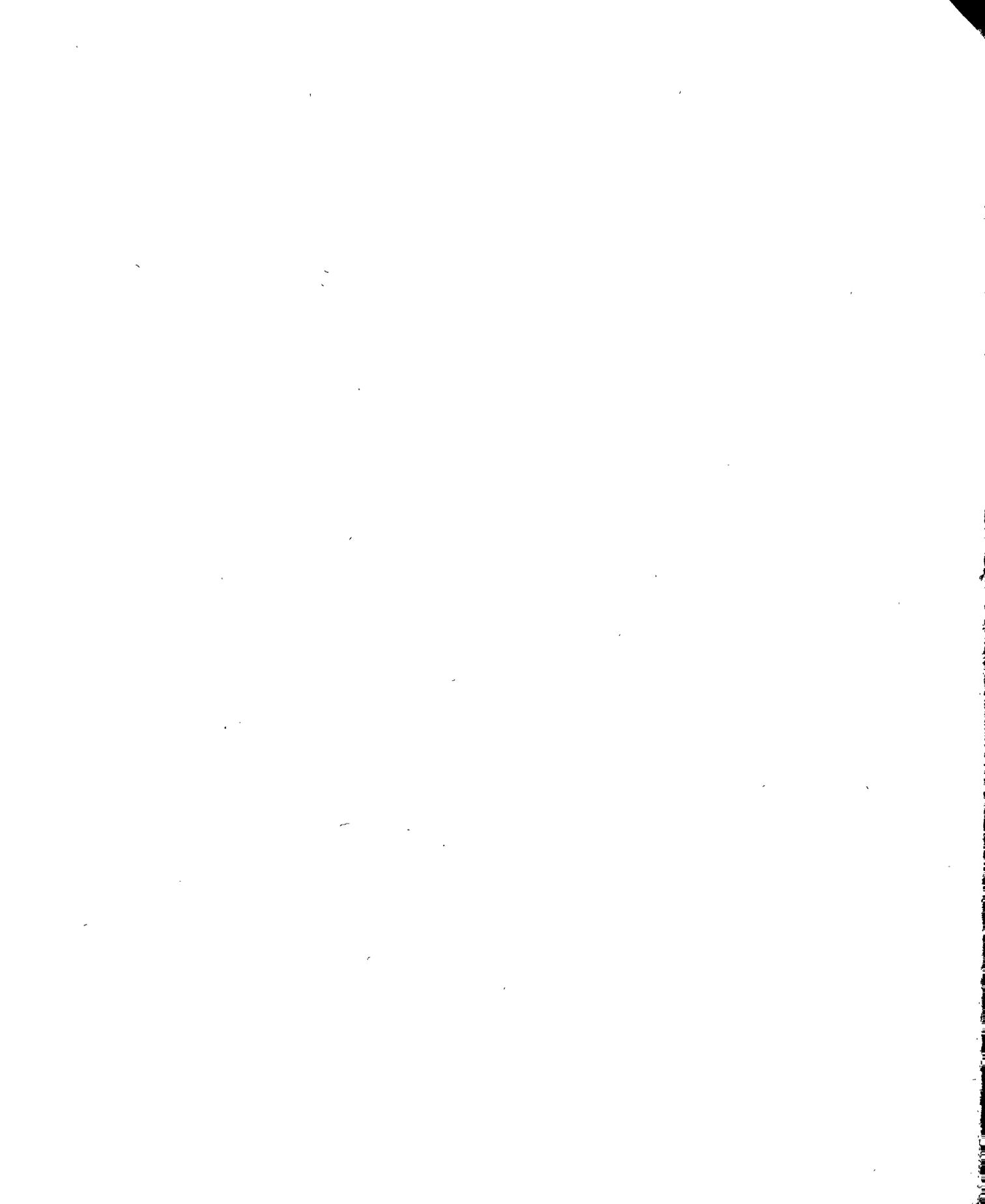
Droit criminel — Preuve — Confessions — Des parents de victimes d'agression sexuelle ont consulté la police et décidé de tenter par la ruse d'amener l'accusé à faire une confession — Déclaration faite à un parent qui tenait un couteau et proférait des menaces de mort — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans opposition de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure l'exigence relative à la personne en situation d'autorité devrait-elle continuer de faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — Incombe-t-il toujours à la défense de requérir la tenue d'un voir-dire? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Quels éléments de preuve déclenchent l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire?

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)..... 443

Jugements et ordonnances — Suspension de jugement — Requête du procureur général du Canada visant à proroger le délai de suspension d'un jugement — Requête accueillie.

Succession Eurig (Re) 565

Droit constitutionnel — Successions — Exécuteurs et administrateurs — Frais d'homologation — La réglementation provinciale prévoit des frais d'homologation calculés selon la valeur de la succession administrée — La somme requise pour l'homologation constitue-t-elle des frais ou une taxe? — Les frais ad valorem sont-ils ultra vires pour le motif qu'ils constituent une taxe indirecte? — Les frais ad valorem sont-ils invalides pour le motif qu'ils sont imposés par un organisme autre que la législature provinciale — Règlement de l'Ontario 293/92, art. 2(1) — Loi sur l'administration de la justice, L.R.O. 1990, ch. A.6, art. 5 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 54, 90, 92(2).



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*

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 *Appellants*

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*

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

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

N^{os} 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

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

File No.: 24831.

N° du greffe: 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*

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*

v.

c.

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*

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*

and

et

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

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** *Interveners*

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

File No.: 24846.

1998: September 15.

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

MOTION TO EXTEND PERIOD OF SUSPENSION

*Judgments and orders — Suspension of judgment —
Motion to extend period of suspension of judgment
requested by Attorney General of Canada — Motion
granted.*

MOTION to extend period of suspension,
[1998] 1 S.C.R. 3, of a judgment of the Supreme
Court of Canada, [1997] 3 S.C.R. 3. Motion
granted.

JUDGMENT

1 On February 10, 1998, the Court granted a one-
year suspension, from the date of its original deci-
sion, of the requirement for an independent, objec-
tive and effective process for setting judicial remun-
eration, in order to allow all governments time to
comply with the constitutional requirements set out
in the decision and to ensure that the orderly
administration of justice was not disrupted in the
interim. This transition period expires on Septem-
ber 18, 1998.

2 This motion before us by the Attorney General
of Canada requests that the period of suspension be
extended for a period of two months, or to the day
Bill C-37 (*An Act to Amend the Judges Act*)
receives Royal Assent, whichever is sooner.

3 The motion is granted.

Motion 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: 15 septembre.

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

REQUÊTE EN PROROGATION D'UN DÉLAI DE
SUSPENSION

*Jugements et ordonnances — Suspension de jugement
— Requête du procureur général du Canada visant à
proroger le délai de suspension d'un jugement —
Requête accueillie.*

REQUÊTE en prorogation du délai de suspen-
sion, [1998] 1 R.C.S. 3, d'un jugement de la Cour
suprême du Canada, [1997] 3 R.C.S. 3. Requête
accueillie.

JUGEMENT

Le 10 février 1998, la Cour accordait une sus-
pension d'un an, à compter de la date de sa déci-
sion initiale, de l'exigence d'un processus indé-
pendant, objectif et efficace de détermination de la
rémunération des juges, afin de permettre à tous
les gouvernements concernés de se conformer aux
exigences constitutionnelles prescrites par cette
décision, et de faire en sorte que la bonne adminis-
tration de la justice ne soit pas perturbée dans l'in-
tervalle. Cette période transitoire prend fin le 18
septembre 1998.

La présente requête qui nous est soumise par le
procureur général du Canada vise à proroger le
délai de suspension de deux mois ou jusqu'à la
date où le projet de loi C-37 (*Loi modifiant la Loi
sur les juges*) recevra la sanction royale, selon la
première de ces éventualités.

La requête est accueillie.

Requête accueillie.

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

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.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: The Department of Justice, Regina.

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

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.

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

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

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.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le ministère de la Justice, Regina.

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

Procureurs de l'intervenante 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.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Solicitor for the Attorney General of Newfoundland: The Department of Justice, St-John's. *Procureur du procureur général de Terre-Neuve: Le ministère de la Justice, St-John's.*

Michael Colin Hodgson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HODGSON

File No.: 25561.

1998: March 24; 1998: September 24.

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 ONTARIO

Criminal law — Evidence — Confessions — Accused admitting crime to complainant and her parents when confronted by them — Accused held at knife-point after making statement — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

The trial judge admitted into evidence certain out-of-court statements allegedly made by the accused and convicted him of sexual assault. The complainant and her parents had confronted the accused at work and all testified that he admitted the sexual assaults. The complainant's mother then went to call the police and, on her return, struck the accused. At some point after receiving the statement, the complainant's father held the accused at knife-point, allegedly to prevent him from leaving before the police arrived. At trial, the accused denied

Michael Colin Hodgson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. HODGSON

N° du greffe: 25561.

1998: 24 mars; 1998: 24 septembre.

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 L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Confessions — Sommé de s'expliquer par la plaignante et ses parents l'accusé a avoué le crime — Accusé tenu à la pointe du couteau après sa déclaration — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans objection de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure l'exigence relative à la personne en situation d'autorité doit-elle continuer à faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — L'obligation de demander un voir-dire incombe-t-elle dans tous les cas à la défense? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Éléments de preuve qui font naître l'obligation de tenir un voir-dire.

Le juge du procès a admis en preuve certaines déclarations extrajudiciaires que l'accusé aurait faites, et il a déclaré ce dernier coupable d'agression sexuelle. La plaignante et ses parents ont sommé l'accusé de s'expliquer à son lieu de travail, et ils ont tous témoigné qu'il avait avoué avoir agressé sexuellement la plaignante. La mère de la plaignante est allée téléphoner à la police et, lorsqu'elle est revenue, elle a frappé l'accusé. À un certain moment après avoir reçu la déclaration, le père de la plaignante a pointé un couteau dans le dos de l'appelant,

making a confession but testified that he was neither frightened nor threatened during the confrontation. His counsel raised no objection to the admission of the out-of-court statement at trial.

At issue is whether the trial judge erred in failing to direct a *voir dire* of his own motion to determine whether the statements made to the complainant and her family were given to persons in authority and if so, whether the statements were made voluntarily. Several subsidiary issues required consideration. First, does the onus always rest with the defence to request a *voir dire* to test the voluntariness of an accused's out-of-court statements? If not, when and under what circumstances should a trial judge hold a *voir dire* of his or her own motion? Further, is the trial judge's obligation to hold a *voir dire* triggered only where the receiver of the confession is a "conventional" person in authority, or should the obligation be construed more broadly? Lastly, to what extent should the "person in authority" requirement remain part of the confessions rule?

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: A statement made by an accused to a person in authority must be made voluntarily and must be the product of an operating mind. This rule is based upon two fundamentally important concepts: the need to ensure the reliability of the statement and the need to ensure fairness by guarding against improper coercion by the state. This results in the requirement that the admission must not be obtained by either threats or inducements. The person in authority requirement is grounded in the underlying rationales for the confessions rule and should remain part of the rule.

The definition of "person in authority" typically refers to those formally engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused and so applies to police officers and prison officials or guards. When an accused makes a statement to a police officer or prison guard a *voir dire* should be held to determine its admissibility as a voluntary statement, unless the *voir dire* is waived by the defence. In addition, those persons

pour l'empêcher de quitter les lieux avant l'arrivée de la police a-t-on affirmé. Au procès, l'accusé a nié avoir fait une confession, mais il a témoigné qu'il n'avait pas été effrayé ni menacé pendant l'affrontement. Son avocat ne s'est pas opposé à l'admission de la déclaration extrajudiciaire.

La question en litige est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en n'ordonnant pas d'office la tenue d'un *voir-dire* afin de déterminer si les déclarations faites à la plaignante et à sa famille avaient été faites à des personnes en situation d'autorité et, dans l'affirmative, si elles avaient été faites volontairement. Il a été nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires. Premièrement, la défense a-t-elle dans tous les cas l'obligation de demander la tenue d'un *voir-dire* en vue de faire apprécier le caractère volontaire des déclarations extrajudiciaires de l'accusé? Dans la négative, à quel moment et dans quelles circonstances le juge du procès doit-il d'office tenir un *voir-dire*? Par ailleurs, l'obligation du juge du procès de tenir un *voir-dire* existe-t-elle seulement dans les cas où la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette expression», ou faut-il interpréter plus largement cette obligation? Enfin, dans quelle mesure l'exigence relative à la «personne en situation d'autorité» doit-elle continuer à faire partie de la règle des confessions?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie: Une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité doit avoir été faite volontairement et être le produit d'un état d'esprit conscient. Cette règle repose sur deux concepts d'une importance fondamentale: la nécessité de garantir la fiabilité de la déclaration et d'assurer l'équité en empêchant l'État de prendre des mesures de coercion inappropriées. L'aveu ne doit donc pas être obtenu par des menaces ou des promesses. L'exigence relative à la personne en situation d'autorité est fondée sur les justifications sous-jacentes de la règle des confessions et elle devrait continuer à faire partie de cette règle.

L'expression «personne en situation d'autorité» vise habituellement les personnes qui participent officiellement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé, et elle s'applique donc aux policiers et gardiens de prison. Lorsque la déclaration de l'accusé est faite à un policier ou à un gardien de prison, un *voir-dire* doit être tenu pour déterminer si la déclaration est admissible en tant que déclaration volontaire,

whom the accused reasonably believes are acting on behalf of the state and could therefore influence or control the proceedings against him or her may also be persons in authority. That issue must be resolved by considering it from the viewpoint of the accused. The receiver's status as a person in authority arises only if the accused has knowledge of that status. In addition, there must be a reasonable basis for the accused's belief that the person hearing the statement was a person in authority. This issue will not normally arise in relation to undercover police officers because, from the accused's viewpoint, they will not usually be viewed as persons in authority.

The defence must raise the "person in authority" issue with the trial judge. This is appropriate for it is only the accused who can know that the statement was made to someone regarded by the accused as a person in authority. On the ensuing *voir dire*, the accused will have the evidential burden of demonstrating that there is a valid issue for consideration. If the accused meets the burden, the Crown will then have the persuasive burden of demonstrating beyond a reasonable doubt that the receiver of the statement was not a person in authority, or if it is found that he or she was a person in authority, that the statement was made voluntarily.

In extremely rare cases, the evidence adduced during a trial, viewed objectively, may indicate that the issue as to whether the receiver of a statement of the accused was a person in authority should be explored by way of *voir dire*. In those cases, the trial judge must of his or her own motion direct a *voir dire*. Evidence which clearly demonstrates that the receiver of the statement was closely connected to the authorities should alert the trial judge to the need for a *voir dire* on the issue. This evidence progresses along a spectrum. Where the receiver of the statement is a "conventional" person in authority, such as a police officer or prison guard, the trial judge must clearly proceed to a *voir dire* to test the voluntariness of the statement. Similarly, where the evidence discloses a close connection between the receiver and the authorities such that, if known to the accused, he or she could reasonably have believed that the receiver was acting as an agent of the prosecuting authorities, the trial judge should inquire whether the defence is prepared to discharge its evidential burden on the person in authority issue or whether it waives a *voir dire* on this

sauf si la défense renonce au voir-dire. En outre, peuvent aussi être des personnes en situation d'autorité les personnes qui, selon ce que croit raisonnablement l'accusé, agissent pour le compte de l'État et pourraient, de ce fait, avoir quelque influence ou autorité sur les poursuites engagées contre lui. Cette question doit être tranchée du point de vue de l'accusé. La question de la qualité de personne en situation d'autorité de la personne qui a reçu la déclaration se pose seulement si l'accusé connaissait cette qualité. De plus, la croyance de l'accusé que la personne qui entend sa déclaration est une personne en situation d'autorité doit avoir un fondement raisonnable. Cette question ne se posera normalement pas dans le cas des agents doubles de la police puisque, du point de vue de l'accusé, ils ne sont habituellement pas considérés comme des personnes en situation d'autorité.

La défense doit signaler la question de la «personne en situation d'autorité» au juge du procès. Cette façon de faire est appropriée car seul l'accusé peut savoir que la déclaration a été faite à une personne qu'il considérerait comme une personne en situation d'autorité. Au cours du voir-dire qui s'ensuit, l'accusé a le fardeau de présenter des éléments de preuve démontrant l'existence d'une question en litige valide devant être examinée. Si l'accusé s'acquitte de ce fardeau, le ministère public a ensuite le fardeau de persuasion et il doit démontrer hors de tout doute raisonnable que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité ou, s'il est jugé qu'il s'agissait d'une telle personne, que la déclaration de l'accusé a été faite volontairement.

Dans des cas extrêmement rares, il peut arriver que la preuve produite au procès, considérée objectivement, indique que la question de savoir si la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé était une personne en situation d'autorité doit être examinée au cours d'un voir-dire. Dans de tels cas, le juge du procès doit ordonner d'office un voir-dire. La présence d'éléments de preuve démontrant clairement que la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé avait un lien étroit avec les autorités devrait attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire. Cette preuve varie le long d'un spectre. Lorsque la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette expression», tels les policiers ou les gardiens de prison, le juge du procès a clairement l'obligation de tenir un voir-dire pour apprécier le caractère volontaire de la déclaration. De même, lorsque la preuve révèle qu'il y a, entre les autorités et la personne qui reçoit la déclaration, un lien si étroit que, si l'accusé en connaissait l'existence, il a pu raisonnablement croire que la personne qui a reçu sa déclaration agissait à titre

issue. However, the further away the receiver of the statement is from the conventional person in authority, the less likely it will be that the evidence will alert the trial judge to the need to hold a *voir dire* and the greater the obligation of the accused to raise the issue.

If the trial judge is satisfied that the receiver of the statement was not a person in authority but that the statement of the accused was obtained by reprehensible coercive tactics such as violence or credible threats of violence, then a direction should be given to the jury. The jury should be instructed that if they conclude that the statement was obtained by coercion, they should be cautious about accepting it, and that little if any weight should be attached to it.

The evidence at trial did not disclose any evidence that was sufficient to trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire*. When the statements were admitted into evidence, there was nothing to suggest that the complainant or her family members had spoken to the police or anyone else in authority or were even considering making a complaint. Similarly, there was nothing to suggest that the accused subjectively believed the complainant's family to have control over criminal proceedings. The trial judge properly used the evidence of the confession to confirm the complainant's testimony.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: The result of Cory J. was agreed with but his test with respect to the proper interpretation of "persons in authority" was not agreed with.

The confessions rule is a specific and delimited exception to the basic rule that it is for the trier of fact to assess the truth of statements in all the surrounding circumstances, as well as the recognition that statements made by the accused against his or her interest are inherently reliable. Interpretation of its integral concept of "person in authority" must be bound by applicable policy rationales which justify the confessions rule's exclusion of relevant evidence. Essentially where policy concerns historically related to the confession's reliability, modern rationales of the confessions rule now focus on state conduct and individual fairness. Basic fairness

de mandataire des autorités chargées des poursuites, le juge du procès doit demander si la défense est prête à s'acquiescer du fardeau de présentation relativement à la question de la personne en situation d'autorité ou si elle renonce à la tenue d'un *voir-dire* sur cette question. Toutefois, plus la personne qui a reçu la déclaration s'éloigne de la définition classique de personne en situation d'autorité, moins il y a de chance que la preuve attire l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire*, auquel cas plus grande est l'obligation de l'accusé de soulever cette question.

Si le juge du procès est convaincu que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité, mais que la déclaration de l'accusé a été obtenue à l'aide de tactiques coercitives répréhensibles, telles la violence ou des menaces de violence crédibles, une directive doit alors être donnée au jury. Le jury doit être avisé que, s'il conclut que la déclaration a été obtenue par coercition, il doit alors faire preuve de prudence avant de l'accepter, et qu'il faut n'accorder que peu ou pas de valeur à cette déclaration.

Aucun des éléments de preuve produits au procès n'était suffisant pour faire naître l'obligation du juge du procès de tenir un *voir-dire*. Lorsque les déclarations ont été admises en preuve, rien n'indiquait que la plaignante ou les membres de sa famille avaient parlé aux policiers ou à quelque autre personne en situation d'autorité, ou envisageaient même de déposer une plainte. De même, rien ne tendait à indiquer que l'accusé croyait subjectivement que la famille de la plaignante avait quelque pouvoir à l'égard des procédures criminelles. Le juge du procès a correctement utilisé la preuve découlant de la confession pour confirmer le témoignage de la plaignante.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache: Le résultat auquel arrive le juge Cory est accepté, mais non le critère qu'il propose quant à l'interprétation à donner à l'expression «personne en situation d'autorité».

La règle des confessions est une exception précise et délimitée à la règle fondamentale selon laquelle il appartient au juge des faits d'apprécier la véracité d'une déclaration compte tenu de l'ensemble des circonstances, et aussi à la reconnaissance que les déclarations faites par l'accusé contre son intérêt sont intrinsèquement dignes de foi. L'interprétation de la notion de «personne en situation d'autorité», qui fait partie intégrante de la règle, doit être circonscrite par la philosophie justifiant l'exclusion d'éléments de preuve pertinents. Essentiellement, alors qu'historiquement les préoccupations qui sous-tendaient la règle touchaient à

in the criminal process unifies the two rationales of reliability and state deterrence, and questions of truth have given way to a focus on voluntariness. The confessions rule is only concerned with voluntariness, however, where statements are made to persons in authority. Indeed, the general unfairness of utilizing involuntary statements resulting from private coercion has never been the focus of the confessions rule, even when the rule was justified by policy concerns for reliability. Its modern rationales explicitly affirm that the rule is concerned only with voluntariness within the relationship between the state and the individual.

As such, legislative change to the confessions rule altering the requirement of a person in authority is neither appropriate nor desirable. The best rule is still that, once it is accepted that the confession of the accused was not made to a person in authority, it is properly admissible without any requirement for the Crown to establish that it was voluntary. Strict retention of this rule promotes clarity, is consistent with modern rationales justifying the exclusion of relevant evidence and serves the general public interest by facilitating the pursuit of truth. The “person in authority” requirement is, and should remain, the pivotal concept in the confessions rule.

The proper test for “person in authority” examines first the objective status of the person to whom the confession or statement was made, and only where they are identified as someone formally engaged in the arrest, detention, interrogation or prosecution of the accused is it then necessary to examine whether the accused believed that the person could influence or control the proceedings against him or her. Only in the rarest of cases will non-traditional persons in authority fall into this category, and it still must be objectively established on the facts that such persons had actual control in the proceedings. This approach furthers the modern principles underlying the confessions rule, and does not erect additional unwarranted barriers to the admission of relevant evidence. It recognizes that a subjective approach to the test for “persons in authority” was primarily adopted to address the circumstance of undercover state agents. The necessary prerequisite, however, remains an

la fiabilité des confessions, ses assises modernes actuelles s’attachent à la conduite de l’État et au droit des individus à l’équité. L’équité fondamentale de la procédure pénale unifie les deux fondements de fiabilité et de dissuasion, et les préoccupations liées à la véracité ont cédé le pas à la notion centrale du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, la règle des confessions ne s’attache au caractère volontaire d’une déclaration que lorsque celle-ci est faite à une personne en situation d’autorité. En fait, l’iniquité générale découlant de l’utilisation d’une déclaration involontaire obtenue sous la contrainte par de simples citoyens n’a jamais été visée par la règle des confessions, même lorsque celle-ci était justifiée par des préoccupations ayant trait à la fiabilité de la déclaration. Il ressort clairement des fondements modernes de la règle que celle-ci ne s’attache qu’au caractère volontaire des déclarations obtenues dans le cadre des rapports opposant l’État et les individus.

Par conséquent, il n’est ni approprié ni souhaitable de modifier la règle des confessions par voie législative pour supprimer l’exigence relative à la personne en situation d’autorité. La meilleure règle demeure celle voulant qu’une fois admis qu’elle n’a pas été faite à une personne ayant autorité, la confession de l’accusé est recevable sans que le ministère public ait à établir qu’elle était volontaire. Le maintien strict de cette règle favorise la clarté, en plus d’être compatible avec les fondements modernes de l’exclusion d’éléments de preuve pertinents, et sert l’intérêt général du public en facilitant la recherche de la vérité. L’exigence relative à la «personne en situation d’autorité» est et devrait demeurer la notion centrale de la règle des confessions.

Le critère approprié en ce qui concerne la notion de «personne en situation d’autorité» examine premièrement la qualité objective de la personne à qui la déclaration est faite, et c’est seulement dans le cas où il s’agit d’une personne participant officiellement à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé qu’il est nécessaire d’examiner si ce dernier croyait que la personne avait quelque influence ou pouvoir sur les procédures engagées contre lui. Ce n’est que dans de très rares cas qu’une personne qui n’est pas une personne en situation d’autorité au sens traditionnel du terme sera comprise dans cette catégorie, et même dans ce cas, il faudra établir de façon objective, à partir des faits, que cette personne avait un réel contrôle sur les procédures engagées contre l’accusé. Cette approche est compatible avec les principes modernes qui sous-tendent la règle des confessions, et elle n’érige pas d’obstacles additionnels injustifiés à l’admission d’éléments

actual person in authority or “instrumentality” of the state.

As a general rule, the defence has the onus of requesting a *voir dire*, raising the issue that the accused’s statement was made to a “person in authority” and thus putting the statement’s admissibility into question. In exceptional circumstances, the trial judge may have the duty to conduct a *voir dire* where the evidence reveals the realistic potential that the admission was made to a representative of the state and the accused might objectively have known of this authority. Only evidence available on the record prior to the admission of the accused’s statement is relevant to the determination of what the trial judge’s duty was. This duty will automatically arise in cases of obvious persons in authority, subject to informed waiver by the accused, since in such cases it is reasonable to infer the accused’s knowledge of this authority. In the case of non-obvious persons in authority, however, the evidence must reveal both the reasonable possibility that the person was an agent of the state and that the accused could have known of this status.

Here, there was no realistic possibility that the complainant and her immediate family constituted persons in authority for purposes of the confessions rule, and therefore the trial judge had no duty to host a *voir dire*.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Thongjai v. The Queen*, [1998] A.C. 54; **considered:** *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; **referred to:** *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517; *R. v. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902; *R. v. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737, aff’d [1997] 1 S.C.R. 535; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*,

de preuve pertinents. Elle reconnaît que l’approche subjective appliquée à l’égard du critère de la «personne en situation d’autorité» a été adoptée principalement pour tenir compte du cas des agents doubles de l’État. Toutefois, le critère préalable nécessaire demeure la présence d’une personne qui était véritablement une personne en situation d’autorité ou un «instrument» de l’État.

En règle générale, la défense a l’obligation de demander la tenue d’un voir-dire, en faisant valoir que la déclaration de l’accusé a été faite à une «personne en situation d’autorité» et en mettant ainsi en question l’admissibilité de cette déclaration. Dans des circonstances exceptionnelles, il peut arriver que le juge du procès ait l’obligation de tenir un voir-dire lorsque la preuve révèle l’existence d’une possibilité réelle que l’aveu ait été fait à un représentant de l’État et que l’accusé ait objectivement connu cette situation d’autorité. Seule la preuve au dossier avant l’admission de la déclaration de l’accusé est pertinente pour déterminer quelle était l’obligation du juge du procès. Cette obligation naît automatiquement en cas de déclaration à une personne qui est de toute évidence une personne en situation d’autorité, sauf renonciation éclairée de l’accusé à ce droit, puisque, dans de tels cas, il est raisonnable d’inférer que l’accusé savait que la personne détenait cette autorité. Toutefois, dans le cas des personnes qui ne sont pas de toute évidence des personnes en situation d’autorité, la preuve doit révéler l’existence d’une possibilité raisonnable que la personne ait été un mandataire de l’État et que l’accusé connaissait ce fait.

En l’espèce, il n’y a aucune possibilité réelle que la plaignante et sa famille immédiate aient été des personnes en situation d’autorité pour l’application de la règle des confessions, et le juge du procès n’avait donc pas l’obligation de tenir un voir-dire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction faite d’avec l’arrêt: *Thongjai c. The Queen*, [1998] A.C. 54; **arrêt examiné:** *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517; *R. c. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902; *R. c. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737, conf. par [1997] 1 R.C.S. 535; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *Commissioners of*

[1967] 1 A.C. 760; *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Deokinanan v. R.*, [1968] 2 All E.R. 346; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. Roadhouse* (1933), 61 C.C.C. 191; *R. v. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357; *R. v. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341; *R. v. Wilband*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Downey* (1976), 32 C.C.C. (2d) 511; *R. v. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Scott* (1984), 1 O.A.C. 397; *Morris v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 1041; *R. v. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6; *R. v. Postman* (1977), 3 A.R. 524; *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; **referred to:** *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *D.P.P. v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Hardy's Trial* (1794), 24 State Tr. 199; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972); *R. v. Paonessa* (1982), 66 C.C.C. (2d) 300, aff'd [1983] 1 S.C.R. 660; *R. v. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17, leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. v; *R. v. Stewart* (1980), 54 C.C.C. (2d) 93; *R. v. Fowler* (1982), 4 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Collins* (1975), 29 C.C.C. (2d) 304; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. McIntyre* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266, aff'd [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Frewin* (1855), 6 Cox C.C. 530; *R. v. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6; *R. v. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341; *R. v. Kyle* (1991), 68 C.C.C. (3d) 286; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Unger* (1993), 83 C.C.C. (3d) 228; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621; *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517; *R. v. Pettipiece* (1972), 7 C.C.C. (2d) 133; *Powell v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 362; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64.

Customs and Excise c. Harz, [1967] 1 A.C. 760; *R. c. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Deokinanan c. R.*, [1968] 2 All E.R. 346; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. Roadhouse* (1933), 61 C.C.C. 191; *R. c. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357; *R. c. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341; *R. c. Wilband*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Downey* (1976), 32 C.C.C. (2d) 511; *R. c. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325; *R. c. Scott* (1984), 1 O.A.C. 397; *Morris c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 1041; *R. c. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6; *R. c. Postman* (1977), 3 A.R. 524; *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt examiné: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; **arrêts mentionnés:** *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *D.P.P. c. Ping Lin*, [1976] A.C. 574; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Hardy's Trial* (1794), 24 State Tr. 199; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Lego c. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972); *R. c. Paonessa* (1982), 66 C.C.C. (2d) 300, conf. par [1983] 1 R.C.S. 660; *R. c. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17, autorisation de pourvoi refusée [1986] 1 R.C.S. v; *R. c. Stewart* (1980), 54 C.C.C. (2d) 93; *R. c. Fowler* (1982), 4 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Collins* (1975), 29 C.C.C. (2d) 304; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. McIntyre* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266, conf. par [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Amyot c. La Reine*, [1991] R.J.Q. 954; *R. c. Frewin* (1855), 6 Cox C.C. 530; *R. c. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6; *R. c. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325; *R. c. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341; *R. c. Kyle* (1991), 68 C.C.C. (3d) 286; *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Unger* (1993), 83 C.C.C. (3d) 228; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621; *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517; *R. c. Pettipiece* (1972), 7 C.C.C. (2d) 133; *Powell c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 362; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64.

Statutes and Regulations Cited

Evidence Act 1995, 1995 (Australia), No. 2, s. 84.
Evidence Act 1995, 1995 (N.S.W.), No. 25, s. 84.
Police and Criminal Evidence Act 1984, 1984 (U.K.),
 c. 60, s. 76.

Authors Cited

Berger, Mark. "The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Policies in the United States and England and Wales" (1991), 20 *Anglo-Am. L. Rev.* 63.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
 Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.
 Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.
 Herman, Lawrence. "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 1998).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
 United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Eleventh Report, *Evidence (General)*. Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 91 O.A.C. 298 (*sub nom. R. v. M.C.H.*), 107 C.C.C. (3d) 327, [1996] O.J. No. 2366 (QL), dismissing an appeal from conviction by Paisley J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Irwin Koziembrocki, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Joanne Marceau and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Lois et règlements cités

Evidence Act 1995, 1995 (Australie), No. 2, art. 84.
Evidence Act 1995, 1995 (N.S.W.), No. 25, art. 84.
Police and Criminal Evidence Act 1984, 1984 (R.-U.),
 ch. 60, art. 76.

Doctrines citées

Berger, Mark. «The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Policies in the United States and England and Wales» (1991), 20 *Anglo-Am. L. Rev.* 63.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
 Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.
 Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1983.
 Herman, Lawrence. «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 1998).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
 United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Eleventh Report, *Evidence (General)*. Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 91 O.A.C. 298 (*sub nom. R. c. M.C.H.*), 107 C.C.C. (3d) 327, [1996] O.J. No. 2366 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Paisley, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Irwin Koziembrocki, pour l'appelant.

Ian R. Smith, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Joanne Marceau et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John M. Gordon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

John M. Gordon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Written submission only by *Martin W. Mason*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Martin W. Mason*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

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

CORY J. — The same issues must be resolved in both this appeal and that of *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517.

LE JUGE CORY — Les questions en litige dans le présent pourvoi sont les mêmes que dans l'affaire *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517.

In both cases, defence counsel did not request a *voir dire* to test the voluntariness of certain out-of-court statements allegedly made by the accused and, as a result, the statements were admitted into evidence. The appellants contend that the trial judge erred in failing to direct a *voir dire* of his own motion to determine whether the statements were given to a person in authority and if so, whether they were made voluntarily.

Dans les deux affaires, les avocats de la défense n'ont pas demandé la tenue d'un *voir-dire* en vue de faire apprécier le caractère volontaire de certaines déclarations extrajudiciaires que l'accusé aurait faites et, en conséquence, les déclarations ont été admises en preuve. Les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en n'ordonnant pas d'office la tenue d'un *voir-dire* afin de déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et, dans l'affirmative, si elles avaient été faites volontairement.

In order to determine whether the trial judge erred it is necessary to consider several subsidiary issues. First, does the onus always rest with the defence to request a *voir dire* to test the voluntariness of an accused's out-of-court statements? If not, when and under what circumstances should a trial judge hold a *voir dire* of his or her own motion? Further, is the trial judge's obligation to hold a *voir dire* triggered only where the receiver of the statement is a "conventional" person in authority, or should the obligation be construed more broadly? Lastly, to what extent should the "person in authority" requirement remain part of the confessions rule?

Pour déterminer si le juge du procès a commis une erreur, il est nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires. Premièrement, la défense a-t-elle dans tous les cas l'obligation de demander la tenue d'un *voir-dire* en vue de faire apprécier le caractère volontaire des déclarations extrajudiciaires de l'accusé? Dans la négative, à quel moment et dans quelles circonstances le juge du procès doit-il d'office tenir un *voir-dire*? En outre, l'obligation du juge du procès de tenir un *voir-dire* existe-t-elle seulement dans les cas où la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette expression», ou faut-il interpréter plus largement cette obligation? Enfin, dans quelle mesure l'exigence relative à la «personne en situation d'autorité» doit-elle continuer à faire partie de la règle des confessions?

I. Factual Background

4 The appellant was a friend of the complainant's family and occasionally babysat the complainant and her siblings. The complainant, who was sixteen years old at the time of trial, testified that commencing when she was approximately seven or eight years of age and continuing until she was approximately eleven years of age, the appellant sexually assaulted her on several occasions. The complainant testified that she never told anyone about the incidents because she was afraid and because the appellant told her that she would get in trouble if she did.

5 The complainant testified that in 1993, she finally told her mother about these incidents. When the allegations were revealed, the complainant, her mother, her father, and her stepfather went to the appellant's place of employment and confronted him. They all testified that the appellant confessed to having sexually assaulted the complainant on several occasions, that the appellant had said he was sorry, and that he had said he "knew it would catch up with him". The complainant's mother went to call the police, and when she returned she struck the appellant. At some point, the complainant's father pulled out a knife and held it to the appellant's back. The father, stepfather and mother testified that the father pulled the knife after the appellant confessed in order to prevent the appellant from leaving before the police arrived.

6 At trial, the appellant testified that he was confronted at work by the complainant and her family about the sexual assaults, but he denied making a confession. He stated that he was stunned, shocked and upset by the confrontation and did not want the situation to get blown out of proportion, but that he was neither frightened nor threatened during the confrontation.

7 At trial, the appellant raised no objection to the admission of the confession evidence. The trial judge relied on this evidence and convicted the appellant.

I. Les faits

L'appellant était un ami de la famille de la plaignante. À l'occasion, il gardait la plaignante ainsi que ses frères et sœurs. La plaignante, qui était âgée de seize ans au moment du procès, a témoigné que l'appellant l'avait agressée sexuellement à plusieurs reprises, et que ces agressions avaient commencé lorsqu'elle avait environ sept ou huit ans et s'étaient poursuivies jusqu'à ce qu'elle ait environ onze ans. Elle a ajouté qu'elle n'avait jamais parlé à quiconque de ces événements parce qu'elle avait peur et parce l'appellant lui avait dit qu'elle s'attirerait des ennuis si elle le faisait.

La plaignante a témoigné qu'elle avait finalement parlé de ces événements à sa mère en 1993. Une fois ces allégations faites, la plaignante, sa mère, son père et son beau-père se sont rendus au lieu de travail de l'appellant et l'ont sommé de s'expliquer. Toutes ces personnes ont témoigné que l'appellant avait reconnu avoir agressé sexuellement la plaignante à plusieurs reprises, et qu'il avait dit être désolé et qu'il [TRADUCTION] «savait que ça finirait par lui retomber sur le nez». La mère de la plaignante est allée téléphoner à la police et, lorsqu'elle est revenue, elle a frappé l'appellant. À un moment donné, le père de la plaignante a sorti un couteau et l'a pointé dans le dos de l'appellant. Le père, le beau-père et la mère ont déclaré que le père avait sorti le couteau après la confession de l'appellant afin de l'empêcher de quitter les lieux avant l'arrivée de la police.

Au procès, l'appellant a témoigné que la plaignante et les membres de sa famille étaient allés le voir au travail pour le sommer de s'expliquer au sujet des agressions sexuelles, mais il a nié avoir fait une confession. Il a affirmé qu'il avait été étonné, secoué et atterré par l'affrontement et qu'il ne voulait pas que la situation dégénère, mais qu'il n'avait pas été effrayé ni menacé pendant l'affrontement.

Au procès, l'appellant ne s'est pas opposé à l'admission de la preuve découlant de la confession. Le juge du procès s'est appuyé sur cette preuve et a déclaré l'appellant coupable.

II. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division) (Paisley J.)*

The trial judge noted that the appellant had previously been of good character, and he found that this enhanced the appellant's credibility. Nevertheless, the trial judge found the confession evidence "overwhelming", notwithstanding the appellant's denial. Paisley J. also found the testimony of the complainant to be credible. The trial judge recognized that even if he disbelieved the evidence of the appellant, he was still bound to assess the weight of the Crown's evidence to see whether or not it had proven its case beyond a reasonable doubt. He concluded that the Crown had discharged its burden, and that there was no rational basis for coming to any other conclusion than that the appellant was guilty of the acts of sexual assault. The appellant was convicted and sentenced to four and a half years' imprisonment.

B. *Court of Appeal (1996), 91 O.A.C. 298 (Finlayson J.A. for the court)*

Finlayson J.A. relied on *R. v. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17 (Ont. C.A.), for the proposition that in some circumstances, persons other than those engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of an accused may be considered persons in authority. In particular, he noted that the court in *A.B.*, *supra*, found that in certain circumstances, the parent of an infant complainant may be considered to be a person in authority.

However, Finlayson J.A. noted that to determine whether some or all of the persons confronting the appellant in this case were persons in authority would require a careful factual investigation, and found that it would not be proper to decide the matter on the limited record available. Moreover, he held that when a statement is made to a person not ordinarily engaged in the arrest, detention,

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge Paisley)*

Le juge du procès a souligné que l'appelant avait jusque-là été une personne de bonne moralité, fait qui, a-t-il conclu, renforçait sa crédibilité. Il a néanmoins jugé que la preuve découlant de la confession était [TRADUCTION] «accablante», malgré les dénégations de l'appelant. Le juge Paisley a également conclu que le témoignage de la plaignante était crédible. Il a reconnu que, même s'il ne croyait pas le témoignage de l'appelant, il était néanmoins tenu d'apprécier le poids de la preuve du ministère public pour déterminer si celui-ci avait prouvé les accusations hors de tout doute raisonnable. Le juge a conclu que le ministère public s'était acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait, et qu'il n'y avait aucune raison logique permettant d'arriver à une autre conclusion que celle que l'appelant était coupable des agressions sexuelles. L'appelant a été reconnu coupable et condamné à quatre ans et demi d'emprisonnement.

B. *Cour d'appel (1996), 91 O.A.C. 298 (le juge Finlayson pour la cour)*

Le juge Finlayson s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17 (C.A. Ont.), pour affirmer que, dans certaines circonstances, peuvent être considérées comme des personnes en situation d'autorité d'autres personnes que celles qui participent à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite d'un accusé. En particulier, il a fait remarquer que, dans *A.B.*, précité, la cour avait conclu que, dans certaines circonstances, le père ou la mère d'un plaignant mineur peut être considéré comme une personne en situation d'autorité.

Le juge Finlayson a toutefois souligné qu'un examen minutieux des faits était essentiel pour déterminer si l'une des personnes ayant sommé l'appelant de s'expliquer dans cette affaire était une personne en situation d'autorité, et il a conclu qu'il ne convenait pas de trancher cette question à partir du dossier limité dont il disposait. Il a en outre statué que, lorsqu'une déclaration est faite à

8

9

10

examination or prosecution of an accused person, the defence has a responsibility to raise the issue at trial and ask for a *voir dire* to determine whether the receiver of the confession was a person in authority. Finlayson J.A. found that the defence bears this responsibility because the subjective reaction of the accused to his or her interrogator is essential to the ultimate determination of voluntariness. Absent the presence of a conventional authority figure at the time when an inculpatory statement is made, the trial judge must be placed on notice that the voluntariness of the statement is a live issue. Thus the trial judge did not err in failing to hold a *voir dire* to test the voluntariness of the appellant's confession.

une personne qui ne participe pas ordinairement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite d'un accusé, la défense a la responsabilité de soulever la question au procès et de demander la tenue d'un voir-dire pour déterminer si la personne qui a reçu la confession était une personne en situation d'autorité. Le juge Finlayson a conclu que cette responsabilité incombe à la défense parce que la réaction subjective de l'accusé à son interrogateur est un facteur essentiel en ce qui concerne la décision finale sur la question du caractère volontaire. Lorsqu'aucune personne en situation d'autorité au sens classique de cette expression n'était présente au moment où une déclaration incriminante a été faite, le juge du procès doit être avisé que le caractère volontaire de la déclaration est une question en litige. En conséquence, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ne tenant pas de voir-dire pour apprécier le caractère volontaire de la confession de l'appellant.

11 Finlayson J.A. held that in this case, the question as to whether any or all of the family members confronting the appellant were persons in authority was not a live issue. The admissibility of the statement was not challenged, and the only issue at trial was the weight to be given to it. The trial judge gave it considerable weight, and found it to be important, as he was entitled to do. The trial judge found that the complainant was credible, and it was open to him to use the evidence of the appellant's confession as confirmation of the complainant's testimony. The appeal from conviction was dismissed.

Le juge Finlayson a statué que, en l'espèce, la question de savoir si l'ensemble des membres de la famille qui avaient sommé l'appellant de s'expliquer ou l'un d'entre eux était une personne en situation d'autorité n'était pas un point litigieux. L'admissibilité de la déclaration n'a pas été contestée, et le seul point en litige au procès était le poids devant être accordé à la déclaration. Le juge du procès lui a accordé un poids considérable et il a jugé qu'elle était importante, comme il était en droit de le faire. Le juge du procès a conclu que la plaignante était crédible, et il lui était loisible d'utiliser la preuve découlant de la confession de l'appellant pour confirmer le témoignage de la plaignante. L'appel de la déclaration de culpabilité a été rejeté.

III. Analysis

III. L'analyse

12 It "can now be taken to be clearly established in Canada that no statement made out of court by an accused to a person in authority can be admitted into evidence against him unless the prosecution shows, to the satisfaction of the trial judge, that the statement was made freely and voluntarily". See *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, at

Il «est maintenant bien établi au Canada qu'aucune déclaration extra-judiciaire d'un accusé à une personne ayant autorité ne peut être admise en preuve contre lui à moins que la poursuite n'établisse à la satisfaction du juge du procès que la déclaration a été faite librement et volontairement». Voir *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S.

p. 931, *per* Dickson J., as he then was. This, of course, is the confessions rule.

The basic issue in this appeal is whether the trial judge erred in failing to hold a *voir dire* of his own motion to test the voluntariness of certain out-of-court statements made by the accused before admitting them. In order to resolve this issue, it is appropriate to consider whether the confessions rule should continue to apply only to statements made to persons in authority, or whether it should be expanded so as to capture the out-of-court statements made by the accused in this case. It will therefore be helpful to begin by examining the history of the confessions rule generally, and the person in authority requirement in particular, in order to understand the purpose and function of the rule in the criminal law.

A. *The Confessions Rule and its Relation to the Person in Authority Requirement*

Evidence of a confession has always been accorded great weight by triers of fact. This is a natural manifestation of human experience. It is because of the tremendous significance attributed to confessions and the innate realization that they could be obtained by improper means that the circumstances surrounding a confession have for centuries been carefully scrutinized to determine whether it should be admitted. A confession is not excluded, however, simply because of the risk that a conviction may result, but because of the greater risk that the conviction will be unfairly obtained and unjust. The unfairness of admitting a confession has historically been addressed by a consideration of two factors. First, the voluntariness of the statement; and second, the status of the receiver of the statement, that is to say, whether the receiver was a person in authority.

926, à la p. 931, le juge Dickson, plus tard Juge en chef du Canada. Il s'agit évidemment de la règle des confessions.

La question fondamentale dans le cadre du présent pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas d'office un *voir-dire* afin d'apprécier le caractère volontaire de certaines déclarations extrajudiciaires de l'accusé avant de les admettre en preuve. Pour trancher cette question, il convient de déterminer si la règle des confessions doit continuer de s'appliquer seulement aux déclarations faites à des personnes en situation d'autorité, ou si elle doit être élargie pour viser les déclarations extrajudiciaires faites par l'accusé en l'espèce. Il sera donc utile d'examiner d'abord l'historique de la règle des confessions en général et l'exigence relative à la personne en situation d'autorité en particulier, pour bien comprendre le but et le rôle de cette règle en droit pénal.

A. *La règle des confessions et son rapport avec l'exigence relative à la personne en situation d'autorité*

Les juges des faits ont toujours accordé un poids considérable à la preuve découlant d'une confession. Il s'agit d'un phénomène humain naturel. C'est en raison de l'importance énorme attribuée aux confessions et de la prise de conscience naturelle qu'elles peuvent être obtenues par des moyens irréguliers que les circonstances dans lesquelles une confession est obtenue sont, depuis des siècles, examinées minutieusement afin de décider si cette confession doit être admise en preuve. Toutefois, une confession n'est pas écartée simplement à cause du risque qu'il en découle une déclaration de culpabilité, mais en raison du risque encore plus grand que cette déclaration de culpabilité soit injuste et obtenue irrégulièrement. Historiquement, pour déterminer s'il est inéquitable d'admettre en preuve une confession, on examine deux facteurs. Premièrement, le caractère volontaire de la déclaration; deuxièmement, la qualité de la personne qui reçoit la déclaration, c'est-à-dire, s'il s'agissait d'une personne en situation d'autorité.

13

14

15 As to the first factor, a statement is said to be voluntary when it is made without “fear of prejudice or hope of advantage”: see *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609, adopted in Canada in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226. In *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, at p. 269, Rand J. explained that “the rule is directed against the danger of improperly instigated or induced or coerced admissions”. Voluntariness also requires that the statement must be the product of an operating mind: see *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at p. 40, *per* Spence J. and *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, at p. 425, *per* Beetz J. Voluntariness is determined by a careful investigation of the circumstances surrounding the statement of the accused, and involves a consideration of both objective and subjective factors.

16 Second, the person in authority requirement generally refers to anyone formally engaged in “the arrest, detention, examination or prosecution of the accused”: see, e.g., *A.B.*, *supra*, at p. 26. This definition may be enlarged to encompass persons who are deemed to be persons in authority as a result of the circumstances surrounding the making of the statement. For the moment, however, let us consider the purpose of each of these factors as they pertain to the admissibility of statements of the accused.

17 Historically the insistence that a confession must be voluntary related to concerns about the reliability of the evidence. Indeed, the basis for the admission of a statement of the accused as an exception to the rule against hearsay is that what people freely say which is contrary to their interest is probably true. However, where a statement is prompted by a threat or inducement held out by a person in authority, it can no longer be presumed to be true. Initially when considering the admissibility of confessions some judges focused exclusively on reliability concerns as the sole rationale

Pour ce qui est du premier facteur, une déclaration est considérée comme volontaire lorsqu’elle n’est pas faite [TRADUCTION] «par crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage»: voir *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609, adopté au Canada dans *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226. Dans *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, à la p. 269, le juge Rand a expliqué que [TRADUCTION] «la règle vise le danger associé aux aveux provoqués, soutirés ou obtenus irrégulièrement». Pour satisfaire à la règle du caractère volontaire, il faut aussi que la déclaration soit le résultat d’un état d’esprit conscient: voir *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, à la p. 40, le juge Spence, et *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, à la p. 425, le juge Beetz. Le caractère volontaire est déterminé par un examen minutieux des circonstances dans lesquelles la déclaration de l’accusé a été faite, ainsi que par la prise en considération de facteurs objectifs et de facteurs subjectifs.

Quant au deuxième facteur, l’exigence relative à la personne en situation d’autorité, elle vise de façon générale toutes les personnes qui participent officiellement [TRADUCTION] «à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé»: voir, p. ex., *A.B.*, précité, à la p. 26. Cette définition peut être élargie pour viser également les personnes qui sont réputées être des personnes en situation d’autorité par suite des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Pour l’instant, toutefois, examinons l’objet de chacun de ces facteurs en ce qui a trait à l’admissibilité des déclarations de l’accusé.

Historiquement, l’insistance mise sur le fait qu’une déclaration doit être volontaire découlait de préoccupations concernant la fiabilité de cet élément de preuve. De fait, la raison pour laquelle une déclaration de l’accusé peut être admise à titre d’exception à la règle du oui-dire est que les déclarations qui sont faites librement par une personne et qui sont contre son intérêt sont probablement vraies. Toutefois, lorsqu’une déclaration est soutenue par des menaces ou des promesses faites par une personne en situation d’autorité, il n’est plus possible de présumer qu’elle est vraie. Initiale-

for the confessions rule. This is made readily apparent in the case of *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, at p. 263 and at pp. 234-35, respectively:

It is a mistaken notion, that the evidence of confessions and facts which have been obtained from prisoners by promises or threats, is to be rejected from a regard to public faith: no such rule ever prevailed. The idea is novel in theory, and would be as dangerous in practice as it is repugnant to the general principles of criminal law. Confessions are received in evidence, or rejected as inadmissible, under a consideration whether they are or are not intitled [sic] to credit. A free and voluntary confession is deserving of the highest credit, because it is presumed to flow from the strongest sense of guilt. . . . [Emphasis added.]

There is also strong historical precedent for the proposition that the confessions rule is rooted in a concern for the administration of justice and fundamental principles of fairness, in particular the principle against self-incrimination. In a treatise on the law of evidence written by Lord Chief Baron Gilbert and published in 1754, the author makes the following comment:

. . . the voluntary Confession of the Party in Interest is reckoned the best Evidence; for if a Man's swearing for his Interest can give no Credit, he must certainly give most Credit when he swears against it; but then this Confession must be voluntary and without Compulsion; for our Law differs from the Civil Law, that it will not force any Man to accuse himself; and in this we do certainly follow the Law of Nature, which commands every Man to endeavor his own Preservation; and therefore Pain and Force may compel Men to confess what is not the Truth of Facts, and consequently such extorted confessions are not to be depended upon. [Emphasis added.]

See Lawrence Herman, "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compul-

ment, lorsqu'ils examinaient l'admissibilité de confessions, certains juges s'attachaient exclusivement à la question de leur fiabilité, comme unique raison d'être de la règle des confessions. Cela ressort clairement de l'arrêt *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, à la p. 263 et aux pp. 234 et 235 respectivement:

[TRADUCTION] On croit à tort que la preuve découlant des confessions et les faits recueillis auprès de prisonniers par des promesses ou des menaces doivent être rejetés pour ne pas ébranler la confiance du public: aucune règle de ce genre n'a jamais existé. L'idée est nouvelle en théorie et elle serait tout aussi dangereuse en pratique qu'elle est contraire aux principes généraux du droit criminel. Les confessions sont soit reçues en preuve, soit rejetées parce que inadmissibles, après examen de la question de savoir si on peut ou non leur donner foi. Il faut ajouter foi à une confession libre et volontaire parce qu'elle est présumée découler d'un profond sentiment de culpabilité . . . [Je souligne.]

Il existe aussi des précédents historiques solides permettant d'affirmer que la règle des confessions tire ses origines du souci de maintenir la considération dont jouit l'administration de la justice et d'assurer le respect des principes fondamentaux en matière d'équité, en particulier le principe de la protection contre l'auto-incrimination. Dans un traité de droit de la preuve rédigé par le lord juge en chef, baron Gilbert, publié en 1754, l'auteur fait les commentaires suivants:

[TRADUCTION] . . . une confession volontaire de la partie en cause est considérée comme la meilleure preuve; en effet, si on ne peut donner foi à une personne qui fait une déclaration sous serment pour protéger ses propres intérêts, il faut certes lui donner foi lorsqu'elle fait une déclaration contre ses intérêts; toutefois, dans un tel cas, la confession doit être volontaire et ne pas avoir été obtenue par contrainte; car notre droit diffère du droit civil en ce sens qu'il ne contraint pas une personne à s'incriminer; et en cela nous suivons très certainement les lois de la nature qui exigent que chaque personne s'efforce d'assurer sa propre préservation; par conséquent, la douleur et la force peuvent amener une personne à confesser des faits qui ne sont pas avérés et on ne peut donc se fier à des aveux ainsi arrachés. [Je souligne.]

Voir Lawrence Herman, «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compul-

sory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)” (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, at p. 153, citing Sir Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence* (1769). Thus, it is apparent that from its very inception, the confessions rule was designed not only to ensure the reliability of the confession, but also to guarantee fundamental fairness in the criminal process.

sory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, à la p. 153, citant sir Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence* (1769). Par conséquent, il est évident que, depuis sa création, la règle des confessions a été conçue non seulement pour assurer la fiabilité des confessions, mais aussi pour garantir l'équité fondamentale des procédures criminelles.

19 Of particular significance is the relationship between these two concerns of reliability and fairness. It must be recognized that the purpose of the confessions rule is to exclude putatively unreliable statements, not actually unreliable statements. In other words, the confessions rule excludes statements obtained by force, threat or promises as somehow inherently unreliable, but does not inquire into the actual truth or falsity of the statement. If the concern of the confessions rule were truly the reliability of the statement, then the court's inquiry would focus on objective corroboration of the confession evidence; if additional evidence confirmed the confession was accurate, it should be admitted under a reliability rationale.

Le rapport qui existe entre ces deux préoccupations — fiabilité et équité — est particulièrement important. Il faut reconnaître que le but de la règle des confessions est d'écartier, non pas les confessions réellement peu fiables, mais les déclarations présumément peu fiables. En d'autres mots, la règle des confessions écarte les déclarations obtenues par la force, par la menace ou par des promesses parce qu'elles sont intrinsèquement peu fiables, mais elle ne s'attache pas à la véracité ou à la fausseté de la déclaration dans les faits. Si la règle des confessions avait vraiment pour objet la fiabilité de la déclaration, l'analyse du tribunal porterait alors sur la corroboration objective de la preuve découlant de la confession; si des éléments de preuve additionnels confirmaient l'exactitude de la déclaration, celle-ci devrait être admise en raison de sa fiabilité.

20 Instead, the confessions rule asks only if the statement was voluntary, not if the statement is true. *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902. This focus on voluntariness allows a court to analyse the circumstances surrounding the statement and effectively acts as a check on the abuse of state power. In other words, if the state were left with the option of simply corroborating forced confessions, there would be little incentive to refrain from reprehensible investigative measures. That is why the confessions rule automatically excludes involuntary statements, regardless of their veracity. As stated by Professor Mark Berger in “The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Policies in the United States and England and Wales” (1991), 20 *Anglo-Am. L. Rev.* 63, at p. 71:

La règle des confessions vise plutôt à déterminer si la déclaration était volontaire, non si elle vraie. *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902. En mettant ainsi l'accent sur le caractère volontaire des déclarations, les tribunaux sont à même d'analyser les circonstances des déclarations et de faire effectivement échec aux abus de pouvoir de l'État. Autrement dit, si l'État avait la faculté de simplement corroborer des déclarations obtenues de force, il n'y aurait pas grand-chose qui l'inciterait à s'abstenir d'appliquer des moyens d'enquête répréhensibles. Voilà pourquoi la règle des confessions écarte automatiquement les déclarations involontaires, indépendamment de leur véracité. Comme l'a dit le professeur Mark Berger dans «The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Policies in the United States and England and Wales» (1991), 20 *Anglo-Am. L. Rev.* 63, à la p. 71:

... it is inescapable that the decision to reject all involuntary confessions incorporates policies that find fault with the use of coercive tactics to extract statements, independent of their impact on reliability. In short, the exclusion of involuntary confessions, at least as practised in the United States and formerly in England, is designed as a response to improper police interrogation tactics as much as, if not more than, it is aimed at ensuring evidence reliability.

This aspect of the confessions rule — which focuses on voluntariness over truth — indicates that the rule is not concerned solely with accuracy or reliability.

This approach to the rule determining the admissibility of a statement of the accused also accords with the view that the quality, weight or reliability of evidence is a matter for the jury, and that the admission of evidence which may be unreliable does not *per se* render a trial unfair: see, e.g., *R. v. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737 (C.A.), aff'd [1997] 1 S.C.R. 535, and *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679. The confessions rule does not force a trial judge to exclude “unreliable” evidence that is highly probative of guilt. Rather it focuses on putative reliability, by analysing the circumstances surrounding the statement and their effect on the accused, regardless of the statement’s accuracy. Thus the “reliability” rationale and the “fairness” rationale for the confessions rule blend together, so as to ensure fair treatment to the accused in the criminal process by deterring coercive state tactics.

Indeed, when considering this notion of fairness, several courts have found that the confessions rule is based upon the principle against self-incrimination. Two decisions of the House of Lords, *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 1 A.C. 760, and *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, suggest that this is the modern basis for the rule. The relationship between the principle against

[TRADUCTION] ... il est inévitable que la décision de rejeter toutes les confessions involontaires intègre des politiques qui réprouvent l'utilisation de tactiques coercitives pour soutirer des déclarations, indépendamment de leurs répercussions sur la fiabilité de ces déclarations. Bref, l'exclusion des confessions involontaires, du moins telle qu'elle se fait aux États-Unis et telle qu'elle se faisait auparavant en Angleterre, vise tout autant, sinon plus, à faire échec aux tactiques irrégulières d'interrogatoire des policiers qu'à assurer la fiabilité de la preuve.

Cet aspect de la règle des confessions — qui s'attache au caractère volontaire des déclarations plutôt qu'à leur véracité — indique que la règle ne vise pas uniquement leur exactitude ou leur fiabilité.

Cette interprétation de la règle de détermination de l'admissibilité des déclarations de l'accusé concorde également avec le point de vue suivant lequel la qualité, le poids ou la fiabilité de la preuve sont des questions qui doivent être laissées à l'appréciation du jury, et que l'admission d'un élément de preuve qui n'est peut-être pas fiable ne rend pas en soi le procès inéquitable: voir, p. ex., *R. c. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737 (C.A.), conf. par [1997] 1 R.C.S. 535, et *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679. La règle des confessions n'oblige pas le juge du procès à écarter des éléments de preuve «non fiables» mais qui ont par ailleurs une forte valeur probante en ce qui concerne la culpabilité. Elle met plutôt l'accent sur la fiabilité présumée, en analysant les circonstances de la déclaration et leur effet sur l'accusé, indépendamment de l'exactitude de la déclaration. En conséquence, les aspects «fiabilité» et «équité» de la règle des confessions se confondent pour assurer à l'accusé un traitement équitable dans le cadre des procédures pénales en dissuadant l'État de recourir à des tactiques coercitives.

De fait, plusieurs tribunaux ont conclu, en examinant cette notion d'équité, que la règle des confessions repose sur le principe de la protection contre l'auto-incrimination. Deux décisions de la Chambre des lords, *Commissioners of Customs and Excise c. Harz*, [1967] 1 A.C. 760, et *R. c. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, suggèrent qu'il s'agit du fondement moderne de la règle. Le rap-

self-incrimination and the confessions rule has also been noted in *dicta* in a number of Canadian decisions. See, e.g., *DeClercq, supra*, at p. 923, *per* Hall J. (dissenting); *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at p. 26, *per* Cartwright C.J.; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 653-54, *per* Estey J. (dissenting). More recently, McLachlin J. in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 173 specifically linked the confessions rule to fundamental notions of fairness and the principle that accused persons should not be conscripted to provide evidence against themselves. She put it in this way:

... one of the themes running through the jurisprudence on confessions is the idea that a person in the power of the state's criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police. This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries.

23

I recognize, as did McLachlin J. in *Hebert, supra*, at p. 173, Iacobucci J. in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at pp. 500-501, and Sopinka J. in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at p. 932, that the self-incrimination basis for the confessions rule "must be historically qualified" (*S. (R.J.)*, at p. 499) and that "[i]n Canada, a rationale for the confessions rule extending beyond trustworthiness has not always been easy to locate" (*S. (R.J.)*, at p. 500). Nevertheless, I must recognize, as did my colleagues, that in a modern sense, the confessions rule has clearly been associated with these ideas. Indeed, in the *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), the Task Force concluded at p. 175 that "the clear common law principle that the Crown must establish its case without the assistance of the

port entre le principe de la protection contre l'auto-incrimination et la règle des confessions a également été souligné dans des remarques incidentes faites dans un certain nombre de décisions rendues au Canada. Voir, p. ex., *DeClercq*, précité, à la p. 923, le juge Hall (dissident); *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, à la p. 26, le juge en chef Cartwright; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, aux pp. 653 et 654, le juge Estey (dissident). Plus récemment, dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 173, le juge McLachlin a expressément établi un lien entre, d'une part, la règle des confessions, et, d'autre part, les notions fondamentales d'équité et le principe suivant lequel les accusés ne doivent pas être mobilisés pour témoigner contre eux-mêmes. Elle s'est exprimée ainsi:

... l'un des thèmes dominants dans la jurisprudence sur les confessions est l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers. Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays.

Je reconnais, tout comme l'ont fait le juge McLachlin dans *Hebert*, précité, à la p. 173, le juge Iacobucci dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, aux pp. 500 et 501, et le juge Sopinka dans *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, à la p. 932, qu'«il faut nuancer du point de vue historique» (*S. (R.J.)*, à la p. 499) le principe de la protection contre l'auto-incrimination comme fondement de la règle des confessions, et qu'«[a]u Canada, il n'a pas toujours été facile de justifier la règle des confessions par autre chose que la fiabilité des déclarations» (*S. (R.J.)*, à la p. 500). Néanmoins, je dois reconnaître, à l'instar de mes collègues, que, de nos jours, la règle des confessions est manifestement associée à ces idées. De fait, dans le *Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), le Groupe de travail a conclu, à la p. 195, que le «principe de *common law* [...] selon lequel la Couronne doit prouver ses allégations sans l'aide de l'accusé [...]

accused . . . is the primary rationale of the Confessions Rule today”.

For this reason, the person in authority requirement is properly seen as an integral component of the confessions rule. The emphasis on voluntariness has two main effects: it both avoids the unfairness of a conviction based on a confession that might be unreliable, and has a deterrent effect on the use of coercive tactics. This deterrent effect is properly focused upon the prosecutorial authority of the state, not the personal authority of private individuals. It cannot be forgotten that it is the nature of the authority exerted by the state that might prompt an involuntary statement. As Estey J. stated in *Rothman, supra*, at pp. 650-51, “their very authority might, by promise or threat, express or implied, produce a statement whether or not the accused was truly willing to speak” (emphasis added). In other words, it is the fear of reprisal or hope of leniency that persons in authority may hold out and which is associated with their official status that may render a statement involuntary. The rule is generally not concerned with conversations between private citizens that might indicate guilt, as these conversations would not be influenced or affected by the coercive power of the state. This limitation is appropriate since most criminal investigations are undertaken by the state, and it is then that an accused is most vulnerable to state coercion.

On a practical level, the Crown would obviously face an overwhelming burden if it had to establish the voluntariness of every statement against interest made by an accused to any person. See the Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at p. 62. In particular, as the intervener the Attorney General of Canada notes, the elimination of the person in authority requirement would have serious consequences for undercover police work and for the admissibility of wiretap evidence, where the identity of the receiver of the

[est] le fondement moderne de la règle du libre aveu [«*Confessions Rule*»].

Pour ce motif, l'exigence relative à la personne en situation d'autorité est à juste titre considérée comme un élément essentiel de la règle des confessions. L'insistance mise sur le caractère volontaire a deux effets principaux: elle permet d'éviter l'injustice qui découlerait d'une déclaration de culpabilité fondée sur une déclaration qui n'est peut-être pas fiable, et elle a aussi un effet dissuasif sur l'utilisation de tactiques coercitives. Cet effet dissuasif vise à juste titre le pouvoir de l'État en matière de poursuites et non l'autorité personnelle des simples citoyens. Il ne faut pas oublier que c'est la nature de l'autorité exercée par l'État qui peut pousser une personne à faire une déclaration involontaire. Comme l'a dit le juge Estey dans *Rothman*, précité, aux pp. 650 et 651, «leur autorité même peut, au moyen de promesses ou de menaces, formelles ou tacites, provoquer une déclaration peu importe que l'accusé soit vraiment disposé à la faire» (je souligne). En d'autres mots, c'est la crainte de représailles ou l'espoir d'obtenir la clémence de personnes en situation d'autorité, sentiments associés à la qualité officielle de ces personnes, qui peuvent amener une personne à faire une déclaration involontaire. La règle ne vise généralement pas les conversations qu'ont de simples citoyens et qui pourraient être indicatives de culpabilité, puisque ces conversations ne sont pas influencées par le pouvoir coercitif de l'État. Cette restriction est appropriée puisque la plupart des enquêtes criminelles sont faites par l'État et que c'est dans cette situation qu'un accusé est le plus vulnérable à la coercion de l'État.

D'un point de vue pratique, il va de soi que le fardeau du ministère public serait insurmontable s'il devait établir le caractère volontaire de chaque déclaration contre intérêt faite à quiconque par un accusé. Voir le *Rapport sur la preuve* (1975) de la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 70. En particulier, comme le souligne le procureur général du Canada intervenant, l'élimination de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité aurait de graves conséquences sur le travail des agents doubles de la police et sur l'admis-

accused's statement is often unknown. For example, if the Crown were to intercept a phone call between an accused and a confederate who is senior to him in a criminal hierarchy, the Crown would obviously have difficulty tendering the requisite evidence if it were forced to prove beyond a reasonable doubt that the statements were made without "fear of prejudice or hope of advantage". Moreover, all statements to undercover police officers would become subject to the confessions rule, even though the accused was completely unaware of their status and, at the time he made the statement, would never have considered the undercover officers to be persons in authority.

sibilité de la preuve d'écoute électronique, situation où l'identité de la personne qui reçoit la déclaration de l'accusé est souvent inconnue. Par exemple, si le ministère public interceptait un appel téléphonique entre un accusé et un complice occupant un rang plus élevé dans une organisation criminelle, il aurait manifestement de la difficulté à produire la preuve requise s'il devait prouver hors de tout doute raisonnable que les déclarations n'ont pas été faites «par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage». Qui plus est, toutes les déclarations faites à un agent double seraient assujetties à la règle des confessions même si l'accusé ignorait complètement qu'il avait affaire à une telle personne et si, au moment où il a fait la déclaration, il n'aurait jamais considéré l'agent double comme une personne en situation d'autorité.

26

Practical considerations alone lead to the conclusion that the person in authority requirement should remain a part of the confessions rule. Yet there can be no doubt that there may well be great unfairness suffered by the accused when an involuntary confession obtained as a result of violence or credible threats of imminent violence by a private individual is admitted into evidence. For this reason, the British Criminal Law Revision Committee in 1972 recommended eliminating the person in authority requirement from the confessions rule. See Eleventh Report, *Evidence (General)* (1972), at p. 39. The Committee focused on reliability concerns and realistically concluded that a false confession could just as readily result from threats and inducements offered by a private individual as from a person in authority. The *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (U.K.), c. 60, was later enacted to implement some of these suggestions. Section 76 of that Act provides that where it is represented to the court that a confession was obtained "by oppression of the person who made it" or "in consequence of anything said or done which was likely, in the circumstances existing at the time, to render unreliable any confession which might be made by him in consequence thereof", the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the confession was not obtained in this manner. "[O]ppression" is

À elles seules des considérations d'ordre pratique amènent à conclure que l'exigence relative à la personne en situation d'autorité devrait continuer de faire partie de la règle des confessions. Il ne fait pourtant aucun doute qu'il pourrait fort bien arriver qu'un accusé soit victime d'une grande injustice si une déclaration involontaire obtenue par un simple citoyen par suite de violence ou de menaces crédibles de violence imminente était admise en preuve. C'est pour cette raison que, en 1972, le British Criminal Law Revision Committee a recommandé l'élimination, dans la règle des confessions, de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité. Voir Eleventh Report, *Evidence (General)* (1972), à la p. 39. Le Comité a insisté sur la question de la fiabilité et a réalistement conclu qu'une fausse déclaration peut tout aussi bien découler de menaces ou de promesses proférées ou faites, selon le cas, par un simple citoyen que par une personne en situation d'autorité. La *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (R.-U.), ch. 60, a subséquemment été édictée afin de mettre en œuvre certaines de ces suggestions. L'article 76 de cette loi indique que, lorsqu'il est plaidé au tribunal qu'une confession a été obtenue [TRADUCTION] «par contrainte exercée contre la personne qui l'a faite» ou «par suite de toute parole ou action pouvant, dans les circonstances, rendre non fiable toute confession suscep-

defined to include “torture, inhuman or degrading treatment, and the use or threat of violence”.

In Australia, the common law confessions rule is similar to the rule in Canada, but in addition, a statement of the accused may be excluded where “it is not made in the free exercise of the will, because this will was overborne by the conduct of a person other than the accused”: see Peter Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2nd ed. 1991), at p. 537. Moreover the Commonwealth government and the government of New South Wales have enacted legislation that specifically provides for the exclusion of a confession influenced by “violent, oppressive, inhuman or degrading conduct” or the threat of such conduct. See *Evidence Act 1995, 1995* (Australia), No. 2, s. 84, and *Evidence Act 1995, 1995* (N.S.W.), No. 25, s. 84. However, under both the common law and the relevant Australian statutes, the Crown is only required to prove voluntariness on a balance of probabilities.

It is significant that these changes to the common law of England and Australia were effected through legislative reform. Indeed, the House of Lords refused to eliminate the person in authority requirement judicially. In *Deokinanan v. R.*, [1968] 2 All E.R. 346 (P.C.), Viscount Dilhorne, for the court, stated as follows at p. 350:

The fact that an inducement is made by a person in authority may make it more likely to operate on the accused’s mind and lead him to confess. If the ground on which confessions induced by promises held out by persons in authority are held to be inadmissible is that they may not be true, then it may be that there is a similar risk that in some circumstances the confession may not be true if induced by a promise held out by a person not in authority, for instance if such a person offers a

tible d’avoir été faite en conséquence par cette personne», le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que la confession n’a pas été obtenue de cette manière. Le mot [TRADUCTION] «contrainte» est défini comme visant notamment «la torture, les traitements inhumains ou dégradants, et le recours ou la menace de recours à la violence».

En Australie, la règle des confessions en common law est similaire à celle qui existe au Canada, mais elle prévoit en outre qu’une déclaration de l’accusé peut être écartée lorsqu’ [TRADUCTION] «elle ne découle pas de l’exercice du libre arbitre parce que cette faculté a été subjuguée par la conduite d’une autre personne que l’accusé»: voir Peter Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2^e éd. 1991), à la p. 537. De plus, le gouvernement fédéral et le gouvernement de New South Wales ont édicté des dispositions législatives excluant expressément les déclarations influencées par [TRADUCTION] «un comportement violent, oppressif, inhumain ou dégradant» ou par la menace d’un tel comportement. Voir *Evidence Act 1995, 1995* (Australie), No. 2, art. 84, et *Evidence Act 1995, 1995* (N.S.W.), No. 25, art. 84. Toutefois, tant en vertu de la common law qu’en vertu des lois australiennes pertinentes, le ministère public n’a à prouver le caractère volontaire que suivant la prépondérance des probabilités.

Il est significatif que ces modifications de la common law d’Angleterre et d’Australie aient été apportées dans le cadre d’une réforme législative. De fait, la Chambre des lords a refusé d’éliminer judiciairement l’exigence relative à la personne en situation d’autorité. Dans *Deokinanan c. R.*, [1968] 2 All E.R. 346 (C.P.), le vicomte Dilhorne, s’exprimant pour la cour, a dit ceci, à la p. 350:

[TRADUCTION] Il est possible que, parce qu’il est offert par une personne en situation d’autorité, un avantage soit plus susceptible d’agir sur la volonté de l’accusé et de l’amener à faire une confession. Si la raison pour laquelle des confessions soutirées par des promesses émanant de personnes en situation d’autorité sont jugées inadmissibles est la possibilité qu’elles ne soient pas vraies, il se peut alors qu’il existe un risque similaire que, dans certaines circonstances, la confession ne soit

27

28

bribe in return for a confession. There is, however, in their lordships' opinion, no doubt that the law as it is at present only excludes confessions induced by promises when those promises are made by persons in authority.

pas vraie si elle a été obtenue au moyen d'une promesse faite par une personne qui n'est pas en situation d'autorité, par exemple lorsque cette personne offre un pot-de-venir en retour d'une confession. Toutefois, de l'avis des lords juges, il ne fait aucun doute que, dans son état actuel, le droit exclut uniquement les confessions obtenues par suite de promesses faites par des personnes en situation d'autorité.

29

The last sentence quoted reflects the present law in Canada. The confessions rule, including the burden on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt, is carefully calibrated to ensure that the coercive power of the state is held in check and to preserve the principle against self-incrimination. The elimination of the person in authority requirement would represent a fundamental change to the confessions rule, and a significant change to the common law which could bring about complex and unforeseeable consequences for the administration of justice. This change involves the recognition of a new concept. It does not, as in other cases, simply involve the interpretation of an amendment to a statute, such as the *Criminal Code*. The unfairness of admitting statements coerced by private individuals should be recognized. However, it is the sort of change which should be studied by Parliament and remedied by enactment. See *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925. Because of the very real possibility of a resulting miscarriage of justice and the fundamental unfairness of admitting statements coerced by the violence of private individuals, I would hope that the study will not be long postponed.

La dernière phrase citée reflète l'état actuel du droit au Canada. La règle des confessions, notamment l'obligation qu'a le ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration, est soigneusement calibrée pour tenir en échec le pouvoir de coercition de l'État et pour préserver le principe de la protection contre l'auto-incrimination. L'élimination de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité constituerait un changement fondamental de la règle des confessions ainsi qu'un changement important de la common law, changement qui pourrait avoir des conséquences imprévisibles et complexes pour l'administration de la justice. Un tel changement implique la reconnaissance d'un nouveau concept. Il ne signifie pas uniquement, comme dans d'autres cas, l'interprétation d'une modification apportée à une loi telle que le *Code criminel*. L'injustice qui découlerait de l'admission de déclarations obtenues par de simples citoyens grâce à la contrainte doit être reconnue. Toutefois, il s'agit d'un type de changement qui devrait être étudié par le législateur et apporté par voie législative. Voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, au par. 93; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925. En raison de la possibilité très réelle d'une erreur judiciaire, et de l'injustice fondamentale qui découlerait de l'admission de déclarations soutirées par la violence par de simples citoyens, je souhaite que cette étude ne soit pas différée trop longtemps.

30

In the meantime I would suggest that in circumstances where a statement of the accused is obtained by a person who is not a person in authority by means of degrading treatment such as vio-

En attendant, je suggère que, dans les cas où une déclaration est soutirée à l'accusé par une personne qui n'est pas en situation d'autorité au moyen d'un traitement dégradant, telles la violence ou des

lence or threats of violence, a clear direction should be given to the jury as to the dangers of relying upon it. The direction might include words such as these: "A statement obtained as a result of inhuman or degrading treatment or the use of violence or threats of violence may not be the manifestation of the exercise of a free will to confess. Rather, it may result solely from the oppressive treatment or fear of such treatment. If it does, the statement may very well be either unreliable or untrue. Therefore, if you conclude that the statement was obtained by such oppression very little if any weight should be attached to it." However, if a private individual resorts to violence or threatens violence after the statement has been made, this conduct will not as a general rule be a factor affecting the voluntariness of the statement and the suggested direction will not be needed.

B. *Limits of the Person in Authority Requirement*

It has been seen that the person in authority requirement is grounded in the underlying rationales for the confessions rule, and as a result it should remain part of the rule. Consideration must now be given as to who should come within the designation "person in authority".

"Person in authority" typically refers to those persons formally engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused: see *A.B.*, *supra*, at p. 26. However, it may take on a broader meaning. Canadian courts first considered the meaning of "person in authority" in *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.). In that case, the accused made a statement to two men he believed to be fellow prisoners, but who were in fact acting as agents of the police. It was held, at pp. 526-27, that:

menaces de violence, une directive claire soit donnée au jury relativement aux risques qu'il pourrait y avoir à se fier à cette déclaration. Cette directive pourrait être formulée en ces termes: «Il est possible qu'une déclaration obtenue par suite d'un traitement inhumain ou dégradant ou le recours à la violence ou à des menaces de violence ne soit pas l'expression de la volonté librement exercée de confesser ses actes. Au contraire, elle peut n'être que le résultat de la contrainte ou de la crainte d'un tel traitement. Si c'est le cas, il se peut fort bien que la déclaration ne soit pas vraie ou qu'elle ne soit pas fiable. Par conséquent, si vous concluez que la déclaration a été obtenue par une telle contrainte, il faut ne lui accorder que très peu de poids, voire pas du tout.» Toutefois, si un particulier a recours à la violence ou à la menace de violence après que la déclaration a été faite, cette conduite ne constituera en règle générale pas un facteur influençant le caractère volontaire de la déclaration, et la directive suggérée ne sera pas nécessaire.

B. *Les limites de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité*

On a vu que l'exigence relative à la personne en situation d'autorité est fondée sur les justifications sous-jacentes de la règle des confessions et que, en conséquence, elle devrait continuer de faire partie de cette règle. Il faut maintenant se demander qui devrait être visé par l'expression «personne en situation d'autorité».

L'expression «personne en situation d'autorité» s'entend habituellement des personnes qui participent officiellement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé: voir *A.B.*, précité, à la p. 26. Elle peut toutefois avoir un sens plus large. Les tribunaux canadiens ont examiné pour la première fois le sens de cette expression dans *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.). Dans cette affaire, l'accusé avait fait une déclaration à deux hommes qu'il croyait être des co-détenus, mais qui, dans les faits, agissaient en tant que mandataires de la police. La cour a statué ainsi, aux pp. 526 et 527:

31

32

A person in authority means, generally speaking, anyone who has authority or control over the accused or over the proceedings or the prosecution against him. . . . [T]he authority that the accused knows such persons to possess may well be supposed in the majority of instances both to animate his hopes of favour on the one hand and on the other to inspire him with awe, and so in some degree to overcome the powers of his mind. . . . [Emphasis added.]

Thus, from its earliest inception in Canadian law, the question as to who should be considered as a person in authority depended on the extent to which the accused believed the person could influence or control the proceedings against him or her. The question is therefore approached from the viewpoint of the accused. See also *R. v. Roadhouse* (1933), 61 C.C.C. 191 (B.C.C.A.), at p. 192.

33

The subjective approach to the person in authority requirement has been adopted in this Court. See *Rothman*, *supra*, at p. 663. The approach adopted by McIntyre J.A. (as he then was) in *R. v. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357 (B.C.C.A.), at pp. 385-86 is, in my view, a clear statement of the law:

The law is settled that a person in authority is a person concerned with the prosecution who, in the opinion of the accused, can influence the course of the prosecution. The test to be applied in deciding whether statements made to persons connected in such a way with the prosecution are voluntary is subjective. In other words what did the accused think? Whom did he think he was talking to? . . . Was he under the impression that the failure to speak to this person, because of his power to influence the prosecution, would result in prejudice or did he think that a statement would draw some benefit or reward? If his mind was free of such impressions the person receiving this statement would not be considered a person in authority and the statement would be admissible.

34

However, to this statement I would add that the accused's belief that he is speaking to a person in authority must also be reasonable, in the context of the circumstances surrounding the making of the

[TRADUCTION] L'expression personne en situation d'autorité désigne, en règle générale, toute personne qui a quelque autorité ou pouvoir sur l'accusé ou sur les procédures engagées contre lui. [. . .] [O]n peut très bien supposer que, dans la majorité des cas, le pouvoir que l'accusé sait qu'une telle personne possède a pour effet soit de susciter chez lui l'espoir d'obtenir un avantage soit de lui inspirer une crainte révérencielle et ainsi, dans une certaine mesure, de vaincre sa volonté . . . [Je souligne.]

Ainsi, dès les premières manifestations de ce concept en droit canadien, la réponse à la question de savoir qui devrait être considéré comme une personne en situation d'autorité a été fonction de la mesure dans laquelle l'accusé croyait que la personne en cause avait quelque influence ou pouvoir sur les procédures engagées contre lui. Cette question est donc abordée du point de vue de l'accusé. Voir aussi *R. c. Roadhouse* (1933), 61 C.C.C. 191 (C.A.C.-B.), à la p. 192.

Notre Cour a adopté l'approche subjective à l'égard de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité. Voir l'arrêt *Rothman*, précité, à la p. 663. L'approche adoptée par le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) dans *R. c. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357 (C.A.C.-B.), aux pp. 385 et 386 constitue, à mon avis, un exposé clair du droit pertinent:

[TRADUCTION] Il est établi, en droit, que la personne en situation d'autorité est une personne concernée par les poursuites judiciaires et qui, de l'avis de l'accusé, peut en influencer le déroulement. Le critère à appliquer pour décider si les déclarations faites à des personnes ayant de tels liens avec les poursuites judiciaires sont volontaires est subjectif. En d'autres mots, que pensait l'accusé? À qui croyait-il parler? [. . .] Avait-il l'impression que s'il ne parlait pas à cette personne, qui avait le pouvoir d'influencer les poursuites judiciaires, il en subirait un préjudice, ou croyait-il qu'une déclaration lui permettrait d'obtenir un avantage ou une récompense? Si l'accusé n'avait pas une telle impression, la personne à laquelle la déclaration a été faite n'est pas considérée comme une personne en situation d'autorité et la déclaration est admissible.

Toutefois, j'ajouterais à cet énoncé que la croyance de l'accusé qu'il parle à une personne en situation d'autorité doit également être raisonnable eu égard aux circonstances dans lesquelles il fait la

statement. If the accused were delusional or had no reasonable basis for the belief that the receiver of the statement could affect the course of the prosecution against him, the receiver should not be considered a person in authority. Since the person in authority requirement is aimed at controlling coercive state conduct, the test for a person in authority should not include those whom the accused unreasonably believes to be acting on behalf of the state. Thus, where the accused speaks out of fear of reprisal or hope of advantage because he reasonably believes the person receiving the statement is acting as an agent of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her, then the receiver of the statement is properly considered a person in authority. In other words, the evidence must disclose not only that the accused subjectively believed the receiver of the statement to be in a position to control the proceedings against the accused, but must also establish an objectively reasonable basis for that belief. For example, if the evidence discloses a relationship of agency or close collaboration between the receiver of the statement and the police or prosecution, and that relationship was known to the accused, the receiver of the statement may be considered a person in authority. In those circumstances the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the statement was made voluntarily.

Over the years, the courts have determined when and in what circumstances a person will be deemed a person in authority for the purposes of the confessions rule. See, e.g., *R. v. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341 (Que. K.B.) (complainant's father was held to be a person in authority where he has control over the prosecution of the accused); *R. v. Wilband*, [1967] S.C.R. 14 (psychiatrist is not a person in authority where he cannot control or influence the course of the proceedings); *R. v. Downey* (1976), 32 C.C.C. (2d) 511

déclaration. Si la croyance de l'accusé que la personne recevant sa déclaration pouvait influencer le cours des poursuites contre lui relevait du fantasme ou n'avait pas de fondement raisonnable, cette personne ne peut être considérée comme une personne en situation d'autorité. Comme l'exigence relative à la personne en situation d'autorité vise à faire échec au comportement coercitif de l'État, le critère de la personne en situation d'autorité ne peut inclure les personnes que l'accusé croit déraisonnablement être des personnes agissant pour le compte de l'État. En conséquence, si l'accusé parle par crainte de représailles ou dans l'espoir d'obtenir un avantage parce qu'il croit raisonnablement que la personne qui reçoit sa déclaration agit à titre de mandataire de la police ou des autorités chargées des poursuites et qu'elle pourrait par conséquent avoir quelque influence ou pouvoir sur les poursuites engagées contre lui, cette personne est alors à juste titre considérée comme une personne en situation d'autorité. Autrement dit, la preuve doit révéler non seulement que l'accusé croyait subjectivement que la personne recevant la déclaration avait un certain pouvoir sur les poursuites engagées contre lui, mais elle doit établir l'existence d'un fondement objectivement raisonnable à l'égard de cette croyance. Par exemple, si la preuve révèle l'existence d'un lien de mandataire ou d'une collaboration étroite entre la personne recevant la déclaration et les policiers ou le ministère public, et que ces rapports étaient connus de l'accusé, la personne qui reçoit la déclaration peut être considérée comme une personne en situation d'autorité. Dans de telles circonstances, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement.

Au fil des ans, les tribunaux ont établi à quel moment et dans quelles circonstances une personne est réputée être une personne en situation d'autorité pour l'application de la règle des confessions. Voir, p. ex., *R. c. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341 (B.R. Qué.) (il a été jugé que le père du plaignant est une personne en situation d'autorité lorsqu'il a un certain pouvoir sur les poursuites contre l'accusé); *R. c. Wilband*, [1967] R.C.S. 14 (un psychiatre n'est pas une personne en situation d'autorité lorsqu'il n'a ni pouvoir ni influence sur

(N.S.S.C.A.D.) (victim is a person in authority if the accused believed that the victim had control over the proceedings); *A.B., supra* (a parent is not, in law, a person in authority if there is no close connection between the decision to call the authorities and the inducement to a child to make a statement); *R. v. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325 (Alta. C.A.) (a social worker is a person in authority if the accused knew the social worker was investigating allegations of child abuse and believed it could lead to his arrest). These cases have not departed from the governing rule that defines a person in authority in relation to the accused's perception of the receiver's involvement with the investigation or prosecution of the crime nor have these decisions defined a person in authority solely in terms of the personal authority that a person might wield in relation to the accused. Moreover, in concluding that the receiver of the statement was a person in authority, the courts have consistently found the accused believed the receiver was allied with the state authorities and could influence the investigation or prosecution against the accused.

le déroulement des procédures); *R. c. Downey* (1976), 32 C.C.C. (2d) 511 (C.S.N.-É., Div. app.) (la victime est une personne en situation d'autorité si l'accusé croyait raisonnablement qu'elle avait un certain pouvoir sur les procédures); *A.B., précité*, (le père ou la mère ne sont pas, en droit, des personnes en situation d'autorité s'il n'y a aucun lien étroit entre la décision d'appeler les autorités et l'encouragement donné à un enfant pour qu'il fasse une déclaration); *R. c. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Alb.) (une travailleuse sociale est une personne en situation d'autorité si l'accusé savait qu'elle enquêtait sur des allégations de mauvais traitements infligés à des enfants et croyait que cela pouvait entraîner son arrestation). Ces décisions n'ont pas dérogé à la règle directrice qui définit la personne en situation d'autorité en fonction de la perception qu'a l'accusé du rôle que joue, dans l'enquête ou la poursuite du crime, la personne à laquelle il fait la déclaration; et elles n'ont pas non plus défini la personne en situation d'autorité en fonction uniquement de l'autorité personnelle que cette personne peut exercer sur l'accusé. Dans les cas où les tribunaux ont jugé que la personne qui avait reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité, ils ont systématiquement conclu que l'accusé croyait que cette personne était un allié des autorités étatiques et pouvait influencer l'enquête ou les poursuites le visant.

36

The important factor to note in all of these cases is that there is no catalogue of persons, beyond a peace officer or prison guard, who are automatically considered a person in authority solely by virtue of their status. A parent, doctor, teacher or employer all may be found to be a person in authority if the circumstances warrant, but their status, or the mere fact that they may wield some personal authority over the accused, is not sufficient to establish them as persons in authority for the purposes of the confessions rule. As the intervenor the Attorney General of Canada observed, the person in authority requirement has evolved in a manner that avoids a formalistic or legalistic approach to the interactions between ordinary citizens. Instead, it requires a case-by-case consideration of the accused's belief as to the ability of the

Le facteur important à souligner dans toutes ces affaires est que, hormis les agents de la paix et les gardiens de prison, il n'existe aucune liste de personnes qui sont considérées d'office comme des personnes en situation d'autorité du seul fait de leur qualité. Un parent, un médecin, un enseignant ou un employeur peuvent tous être considérés comme des personnes en situation d'autorité si les circonstances le justifient, mais leur qualité, ou le simple fait qu'ils peuvent exercer une certaine autorité personnelle sur l'accusé, ne suffit pas à faire d'eux des personnes en situation d'autorité pour l'application de la règle des confessions. Comme l'a fait remarquer le procureur général du Canada intervenant, l'exigence relative à la personne en situation d'autorité a évolué d'une manière qui évite l'application d'une approche for-

receiver of the statement to influence the prosecution or investigation of the crime. That is to say, the trial judge must determine whether the accused reasonably believed the receiver of the statement was acting on behalf of the police or prosecuting authorities. This view of the person in authority requirement remains unchanged.

Finally, something must be said about the respective burdens which must be borne by the accused and the Crown on a *voir dire* to determine whether a statement of the accused to a person in authority should be admitted. The Crown, of course, bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the statement was made voluntarily. However, in relation to the person in authority requirement, the evidence required to establish whether or not a person should be deemed a person in authority will often lie primarily with the accused. The accused therefore must bear some burden in relation to this aspect of the confessions rule. The burden should be an evidential and not a persuasive one. See, e.g., *R. v. Scott* (1984), 1 O.A.C. 397, at p. 399. John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 56-57, explain the difference between the two burdens:

The term evidential burden means that a party has the responsibility to insure that there is sufficient evidence of the existence or non-existence of a fact or of an issue on the record to pass the threshold test for that particular fact or issue. . . . In contrast, the term legal burden of proof means that a party has an obligation to prove or disprove a fact or issue to the criminal or civil standard. The failure to convince the trier of fact to the appropriate standard means that party will lose on that issue.

maliste ou légaliste aux interactions entre de simples citoyens. Au contraire, elle commande un examen au cas par cas de la croyance de l'accusé au sujet de la capacité de la personne qui reçoit sa déclaration d'influencer l'enquête ou la poursuite du crime. En d'autres mots, le juge du procès doit déterminer si l'accusé croyait raisonnablement que la personne qui a reçu la déclaration agissait pour le compte de la police ou des autorités chargées des poursuites. Cette conception de l'exigence relative à la personne en situation d'autorité reste inchangée.

Enfin, quelques commentaires s'imposent quant au fardeau respectif de l'accusé et du ministère public au cours du *voir-dire* tenu pour déterminer si une déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité doit être admise en preuve. Il incombe évidemment au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement. Toutefois, eu égard à l'exigence relative à la personne en situation d'autorité, la preuve requise pour établir si une personne doit être considérée comme une personne en situation d'autorité incombera souvent principalement à l'accusé. Ce dernier a donc une certaine obligation relativement à cet aspect de la règle des confessions. Il s'agit d'un fardeau de présentation et non de persuasion. Voir, p. ex., *R. c. Scott* (1984), 1 O.A.C. 397, à la p. 399. Dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 56 et 57, John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant expliquent ainsi la différence entre ces deux fardeaux:

[TRADUCTION] L'expression fardeau de présentation signifie qu'une partie a la responsabilité de s'assurer qu'il y a au dossier suffisamment d'éléments de preuve de l'existence ou l'inexistence d'un fait ou d'un point litigieux pour satisfaire au critère préliminaire applicable à ce fait ou à cette question. [. . .] Par contre, l'expression fardeau de la preuve signifie qu'une partie a l'obligation de prouver ou de réfuter un fait ou un point litigieux eu égard à la norme en matière criminelle ou civile. Le fait de ne pas convaincre le juge des faits suivant la norme applicable signifie que la partie n'aura pas gain de cause sur ce point.

The evidential burden on an accused in a criminal case is described as follows (at p. 138):

Where an evidential burden for an issue rests on the defendant in a criminal case, for example self-defence, the accused has the obligation to ensure that there is some evidence on the record to make it a live issue. The evidence necessary to satisfy an evidential burden may arise in the case for the Crown or the defence.

38

In the vast majority of cases, the accused will meet this evidential burden by showing the accused's knowledge of the relationship between the receiver of the statement and the police or prosecuting authorities. For example, the fact that the statement was made to a police officer who was in uniform or identified himself or herself as a peace officer will satisfy the accused's evidential burden in relation to the person in authority requirement. See, e.g., *Morris v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 1041, at p. 1066. Once the accused satisfies this evidential burden, the ultimate burden of proof rests with the Crown. See *R. v. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (Alta. S.C.A.D.), at p. 28. In *R. v. Postman* (1977), 3 A.R. 524, at p. 542, the Alberta Supreme Court, Appellate Division held, correctly in my view, that where a witness is not *prima facie* a person in authority (in that case, a doctor), "it is open to defence counsel to challenge the *prima facie* case and require evidence to be given to determine the facts of the matter". Thus, once the defence discharges its burden and establishes that there is an evidential basis to the claim that the receiver of a statement made by the accused is a person in authority, the burden shifts to the Crown to establish beyond a reasonable doubt either that the receiver is not a person in authority, or, if this burden cannot be discharged, that the statement was made voluntarily.

Le fardeau de présentation qui incombe à l'accusé dans une affaire criminelle est décrit de la manière suivante (à la p. 138):

[TRADUCTION] Lorsque le fardeau de présentation relativement à une question incombe au défendeur dans une affaire criminelle, par exemple la légitime défense, l'accusé est tenu de s'assurer qu'il y a au dossier des éléments de preuve permettant d'en faire une question en litige. Les éléments nécessaires pour satisfaire au fardeau de présentation peuvent se trouver dans la preuve du ministère public ou de la défense.

Dans la très grande majorité des cas, l'accusé s'acquittera de ce fardeau de présentation en prouvant qu'il connaissait l'existence du lien entre la personne recevant la déclaration et la police ou les autorités chargées des poursuites. Par exemple, le fait que la déclaration ait été faite à un agent de police en uniforme ou qui s'est identifié comme étant un agent de la paix permettra à l'accusé de s'acquitter du fardeau de présentation en ce qui concerne l'exigence relative à la personne en situation d'autorité. Voir, p. ex., *Morris c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 1041, à la p. 1066. Une fois que l'accusé s'acquitte du fardeau de présentation, le fardeau ultime de la preuve incombe au ministère public. Voir *R. c. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 28. Dans *R. c. Postman* (1977), 3 A.R. 524, à la p. 542, la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, a statué, à juste titre à mon avis, que lorsqu'un témoin n'est pas à première vue une personne en situation d'autorité (dans cette affaire, il s'agissait d'un médecin), [TRADUCTION] «il est loisible à l'avocat de la défense de contester la preuve *prima facie* et d'exiger que des éléments de preuve soient produits pour permettre de statuer sur les faits de l'espèce». Ainsi, une fois que la défense s'acquitte de son fardeau et établit que la preuve confirme la prétention que la personne qui a reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité, il appartient alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité, soit, s'il est impossible de faire cette preuve, que la déclaration a été faite volontairement.

The receiver's status as a person in authority arises only if the accused had knowledge of that status. If the accused cannot show that he or she had knowledge of the receiver's status (as, for example, in the case of an undercover police officer) or close relationship to the authorities (as in the case of persons acting on behalf of the state), the inquiry pertaining to the receiver as a person in authority must end. It is therefore appropriate to consider at the outset the reasonable belief of the accused. It may not be useful to have the trial judge undertake a full analysis of the objective relationship between the receiver of the statement and the authorities, as Justice L'Heureux-Dubé suggests (para. 83), only to have those findings vitiated if the accused is later found to have no knowledge of this relationship. In addition, it is important to recognize that focusing the trial judge's inquiry on the reasonable belief of the accused accords with the allocation of the burden of proof on the *voir dire*.

C. *The Trial Judge's Obligation to Hold a Voir Dire*

The issue as to whether the trial judge in this case erred in failing to hold a *voir dire* before admitting the confession into evidence can now be considered.

The trial judge has a duty "to conduct the trial judicially quite apart from lapses of counsel": see *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.), at p. 417. This includes the duty to hold a *voir dire* whenever the prosecution seeks to adduce a statement of the accused made to a person in authority: see pp. 417-18. However, where the defence has not requested a *voir dire* and a statement of the accused is admitted into evidence, the trial judge will only have committed reversible error if clear evidence existed in the record which objectively should have alerted him or her to the need for a *voir dire* notwithstanding counsel's silence. Thus, the test for holding a *voir dire* is assessed by an appellate court's objective review

La question de la qualité de personne en situation d'autorité de la personne qui a reçu la déclaration se pose seulement si l'accusé connaissait cette qualité. Si l'accusé ne peut pas prouver qu'il connaissait la qualité de la personne ayant reçu sa déclaration (par exemple, dans le cas d'un agent double) ou l'existence d'un lien étroit avec les autorités (comme dans le cas des personnes agissant pour le compte de l'État), l'examen de la question de savoir si la personne ayant reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité doit cesser. Il convient donc d'examiner d'abord la croyance raisonnable de l'accusé. Il est possible qu'il ne soit pas utile que le juge du procès fasse une analyse approfondie du lien objectif existant entre la personne ayant reçu la déclaration et les autorités, comme le suggère le juge L'Heureux-Dubé (par. 83), puisque la validité des conclusions en découlant pourrait être infirmée si on constate plus tard que l'accusé ne connaissait pas l'existence de ce lien. De plus, il est important de reconnaître que le fait d'axer l'examen du juge du procès sur la croyance raisonnable de l'accusé est conforme à l'attribution du fardeau de la preuve au cours du voir-dire.

C. *L'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire*

Il est maintenant possible d'examiner la question de savoir si, en l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas de voir-dire avant d'admettre la déclaration en preuve.

Le juge du procès a l'obligation [TRADUCTION] «de présider le procès de façon judiciaire, indépendamment des erreurs des avocats»: voir *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (C.A. Ont.), à la p. 417. Une telle obligation emporte celle de tenir un voir-dire chaque fois que la poursuite veut produire une déclaration faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité: voir les pp. 417 et 418. Toutefois, dans les cas où la défense n'a pas demandé la tenue d'un voir-dire et où une déclaration de l'accusé est admise en preuve, le juge du procès a commis une erreur susceptible d'annulation s'il existait au dossier des éléments de preuve évidents qui auraient dû objectivement attirer son attention sur la nécessité de tenir un voir-dire, mal-

of the evidence in the record to determine whether something should have triggered the trial judge's obligation to conduct an inquiry. This test is different from the test applicable on the *voir dire*, which requires the trial judge to undertake an examination of the reasonable belief of the accused and the circumstances surrounding the making of the statement to determine both whether the receiver is a person in authority and whether the statement was made voluntarily.

gré le silence de l'avocat. Par conséquent, le critère permettant de décider de l'opportunité de tenir un *voir-dire* est appliqué par le tribunal d'appel qui fait un examen objectif de la preuve au dossier pour déterminer si on a produit des éléments importants, qui auraient dû faire naître l'obligation du juge du procès de procéder à un tel examen. Ce critère est différent de celui applicable au cours du *voir-dire*, qui commande au juge du procès d'examiner la croyance raisonnable de l'accusé et les circonstances de la déclaration pour déterminer si la personne qui a reçu la déclaration est une personne en situation d'autorité et si cette déclaration a été faite volontairement.

42 These tests are easily confused, as it is possible to assert that the evidence which alerts the trial judge to the need for a *voir dire* must relate to the accused's state of mind, since only this type of evidence could demonstrate that the accused believed the receiver of the statement to be a person in authority. This approach is too narrow. The subjective view of the accused might never be ascertained unless there is a *voir dire*. To hold that the trial judge has no obligation to hold a *voir dire* unless evidence of the accused's mental state is already in the record would render the obligation meaningless. Certainly evidence relating to the accused's state of mind may well trigger the need for a *voir dire*, but the standard should be set lower.

On confond facilement ces critères, puisqu'il est possible d'affirmer que la preuve qui attire l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire* doit se rapporter à l'état d'esprit de l'accusé, étant donné que seul ce type de preuve pourrait démontrer que l'accusé croyait que la personne à laquelle il a fait sa déclaration était une personne en situation d'autorité. Cette approche est trop restrictive. Il est possible que le point de vue subjectif de l'accusé ne puisse jamais être vérifié à moins de tenir un *voir-dire*. Statuer que le juge du procès n'a pas l'obligation de tenir un *voir-dire* à moins que la preuve de l'état d'esprit de l'accusé soit déjà au dossier enlèverait tout son sens à cette obligation. Certes, la preuve relative à l'état d'esprit de l'accusé peut fort bien faire naître la nécessité de tenir un *voir-dire*, mais la norme applicable devrait être moins exigeante.

43 This is demonstrated by the Court's decision in *Erven, supra*. In that case, the Court had to decide whether a *voir dire* is always needed in respect of a statement made by the accused to a person in authority, or whether it is unnecessary in circumstances where the statement was "obviously volunteered" (p. 929). Dickson J., writing for a plurality of the Court, held at p. 940, "a rule requiring a *voir dire* only after there is some evidence suggesting involuntariness is neither clear nor easily applied". He stated, at p. 937:

C'est ce que démontre l'arrêt de notre Cour *Erven*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si un *voir-dire* est toujours nécessaire à l'égard des déclarations faites par un accusé à une personne en situation d'autorité, ou si cette procédure n'est pas nécessaire lorsque la déclaration est «manifestement volontaire» (p. 929). S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Dickson a statué, à la p. 940, qu'«une règle n'exigeant le *voir-dire* que lorsqu'il existe un élément de preuve de l'extorsion de la déclaration n'est ni claire ni facile à appliquer». Il a également dit ceci, à la p. 937:

It is a most important right of the accused to call witnesses and present argument separately on the issue of the admissibility of a statement directly after the Crown's evidence on this matter has been adduced. This right would be totally lost if a statement of the accused could be admitted without a *voir dire* as part of the Crown's evidence because nothing in that evidence cast doubt on its voluntariness. . . . The testimony of the accused may be the only evidence which indicates involuntariness.

Although this statement of principle pertains to a *voir dire* held to determine voluntariness, it is also applicable to one held to determine whether the receiver of a statement made by the accused is a person in authority.

Specifically, the reasoning in *Erven*, with which I agree, has two implications for the present case. First, the requirement that a *voir dire* be held cannot be founded upon the presence of evidence which is conclusive of the very issue to be examined on the *voir dire*. Second, a *voir dire* is required in respect of any statement made by an accused person to a "person in authority". See *Erven, supra*, at p. 931. Thus, given the highly prejudicial nature of confession evidence, the trial judge has an obligation to hold a *voir dire* of his or her own motion, notwithstanding the absence of any request by counsel, wherever the Crown seeks to adduce a statement made by an accused to a person in authority. Clearly, counsel for the accused may waive the *voir dire*. Once the waiver is given, it is unnecessary to hold the *voir dire*.

However, the trial judge's obligation is triggered only where the evidence makes the need for a *voir dire* clear. Evidence which clearly demonstrates that the receiver of the statement made by the accused was closely connected to the authorities should alert the trial judge to hold a *voir dire*. This evidence progresses along a spectrum. That is, where the receiver of the statement is a "conventional" person in authority, such as a police officer or prison guard, the trial judge clearly has an obligation to proceed to a *voir dire*. In such a case, the

Le droit de l'accusé de citer des témoins et de plaider séparément sur la question de l'admissibilité d'une déclaration dès que le ministère public a présenté sa preuve sur cette question est des plus importants. Ce droit disparaîtrait entièrement si une déclaration de l'accusé pouvait être admise comme preuve à charge, sans voir-dire, parce que rien dans cette preuve ne jette de doute sur son caractère volontaire. [. . .] Il se peut que le témoignage de l'accusé soit la seule preuve de l'extorsion de la déclaration.

Même si cet énoncé de principe porte sur les voir-dire tenus pour décider du caractère volontaire d'une déclaration, il s'applique aussi aux voir-dire visant à déterminer si la personne qui a reçu une déclaration de l'accusé était une personne en situation d'autorité.

De façon plus particulière, le raisonnement qui a été appliqué dans *Erven*, et auquel je souscris, a deux conséquences pour la présente espèce. Premièrement, l'obligation de tenir un voir-dire ne peut pas être tributaire de la présence d'éléments de preuve concluants quant à la question même qui doit être examinée au cours du voir-dire. Deuxièmement, un voir-dire est requis à l'égard de toute déclaration faite par un accusé à une «personne en situation d'autorité». Voir *Erven*, précité, à la p. 931. Par conséquent, vu le caractère très préjudiciable de la preuve découlant d'une confession, chaque fois que le ministère public veut produire en preuve une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité, le juge du procès a l'obligation de tenir d'office un voir-dire, même si l'avocat n'en fait pas la demande. Il est clair que l'avocat de l'accusé peut renoncer au voir-dire. Une fois qu'il y a eu renonciation, il n'est pas nécessaire de tenir le voir-dire.

Cependant, cette obligation du juge du procès ne naît que dans les cas où la preuve indique clairement que la nécessité de tenir un voir-dire s'impose. La présence d'éléments de preuve démontrant clairement que la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé avait un lien étroit avec les autorités devrait attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire. Cette preuve varie le long d'un spectre. Lorsque la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette

44

45

connection to the authorities is readily apparent. Similarly, where the evidence clearly discloses a close connection between the receiver of the statement and the authorities which indicates that the receiver was, in the circumstances, acting as a person in authority, this may be sufficient to trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire*.

expression», par exemple s'il s'agit d'un policier ou d'un gardien de prison, le juge du procès a clairement l'obligation de tenir un *voir-dire*. Dans un tel cas, le lien avec les autorités est très évident. De même, lorsque la preuve révèle l'existence, entre les autorités et la personne qui reçoit la déclaration, d'un lien étroit indiquant que, dans les circonstances, cette personne agissait en tant que personne en situation d'autorité, cela peut être suffisant pour faire naître l'obligation du juge du procès de tenir un *voir-dire*.

46

Specifically, the trial judge must be satisfied that if the accused had been aware of the connection between the receiver of the statement and the authorities, the accused could reasonably believe the receiver was acting as an agent of the police or prosecuting authorities or as part of the prosecution team and was therefore capable of influencing the prosecution against him or her. If the evidence establishes this sort of connection, the trial judge should inquire whether the defence is prepared to discharge its evidential burden on the person in authority issue or whether it waives a *voir dire* on this issue. Thus, evidence of close association with the authorities might provide an entry to the *voir dire* procedure but the inquiry on the *voir dire* will still focus on an analysis to determine whether the receiver of the statement, assessed from the point of view of the accused, is a person in authority and ultimately whether the statement was made voluntarily. However, the further away the receiver of the statement is from the "conventional" case, the less likely it will be that the evidence will alert the trial judge to the need to hold a *voir dire*, and the greater the obligation of the accused to raise the issue.

De façon plus particulière, le juge du procès doit être convaincu que, si l'accusé avait été conscient du lien entre la personne qui a reçu sa déclaration et les autorités, il aurait raisonnablement pu croire que cette personne agissait en tant que mandataire des policiers ou des autorités chargées des poursuites et que, de ce fait, elle était capable d'influencer les poursuites contre lui. Si la preuve établit l'existence d'un tel lien, le juge du procès doit demander si la défense est prête à s'acquitter du fardeau de présentation relativement à la question de la personne en situation d'autorité ou si elle renonce à la tenue d'un *voir-dire* sur cette question. En conséquence, la preuve de l'existence d'un lien étroit avec les autorités pourrait entraîner la tenue d'un *voir-dire*, mais l'examen effectué au cours de celui-ci visera encore principalement à déterminer si, du point de vue de l'accusé, la personne qui a reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité, et, en dernière analyse, si la déclaration a été faite volontairement. Toutefois, plus la personne qui a reçu la déclaration s'éloigne de la définition «classique» de personne en situation d'autorité, moins il y a de chance que la preuve attire l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire*, auquel cas plus grande est l'obligation de l'accusé de soulever cette question.

47

It should be emphasized that only rarely will a trial judge have heard sufficient evidence to trigger the need for a *voir dire* on the person in authority issue where the receiver of the statement is not a conventional person in authority. This follows because the evidence must establish more than the mere status of the receiver of the statement. Status

Il convient de souligner qu'il n'arrive que très rarement qu'on présente suffisamment d'éléments de preuve au juge du procès pour faire naître la nécessité de tenir un *voir-dire* sur la question de la personne en situation d'autorité dans les cas où la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité au sens classique

or personal authority alone will not as a general rule provide evidence from which it can be inferred that the receiver of a confession is, in the eyes of the accused, a person in authority. Rather, in order to demonstrate the need for a *voir dire*, the evidence must show that the receiver of the statement was closely associated with the authorities prior to obtaining the statement, and that there was as well a close connection in time between the contact with the authorities and its receipt. The evidence must suggest that the receiver was acting in concert with the police or prosecutorial authorities, or as their agent, or as part of their team. Only in these circumstances will the trial judge be obliged to hold a *voir dire* of his or her own motion on the person in authority issue, subject to waiver of the *voir dire* by counsel for the accused.

IV. Summary

Perhaps it may be of some assistance to set out in summary form the applicable principles pertaining to the admission of statements made by the accused to persons in authority and some of the factors to be taken into consideration with regard to them.

1. The rule which is still applicable in determining the admissibility of a statement made by an accused to a person in authority is that it must have been made voluntarily and must be the product of an operating mind.

2. The rule is based upon two fundamentally important concepts: the need to ensure the reliability of the statement and the need to ensure fairness by guarding against improper coercion by the state. This results in the requirement that the admission must not be obtained by either threats or inducements.

3. The rule is applicable when the accused makes a statement to a person in authority.

de cette expression. Il en est ainsi parce que la preuve doit établir beaucoup plus que la simple qualité de la personne qui reçoit la déclaration. En règle générale, ni la qualité ni l'autorité personnelle ne fournissent à elles seules la preuve permettant d'inférer que la personne qui a reçu une déclaration est, aux yeux de l'accusé, une personne en situation d'autorité. Au contraire, pour que soit démontrée la nécessité de tenir un voir-dire, la preuve doit indiquer que la personne qui a reçu la déclaration avait un lien étroit avec les autorités avant d'obtenir la confession, et qu'il s'est écoulé peu de temps entre le moment du contact avec les autorités et la réception de la déclaration. La preuve doit tendre à indiquer que la personne qui a reçu la déclaration agissait de concert avec les autorités policières ou celles chargées des poursuites, qu'elle agissait en tant que mandataire de celles-ci ou encore qu'elle en faisait partie. Ce n'est que dans ces circonstances que le juge du procès est obligé de tenir d'office un voir-dire sur la question de la personne en situation d'autorité, à moins que l'avocat de l'accusé renonce à la tenue de cette procédure.

IV. Résumé

Il serait peut-être utile de résumer les principes applicables à l'admission des déclarations faites par les accusés à des personnes en situation d'autorité, ainsi que certains des facteurs qui doivent être pris en considération à cet égard.

1. La règle toujours applicable pour décider de l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité est que cette déclaration doit avoir été faite volontairement et être le produit d'un état d'esprit conscient.

2. La règle repose sur deux concepts d'une importance fondamentale: la nécessité de garantir la fiabilité de la déclaration et d'assurer l'équité en empêchant l'État de prendre des mesures de coercition inappropriées. Il en résulte que l'aveu ne doit pas être obtenu par des menaces ou des promesses.

3. La règle s'applique lorsque l'accusé fait une déclaration à une personne en situation

Though no absolute definition of “person in authority” is necessary or desirable, it typically refers to those formally engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused. Thus, it would apply to person such as police officers and prison officials or guards. When the statement of the accused is made to a police officer or prison guard a *voir dire* should be held to determine its admissibility as a voluntary statement, unless the *voir dire* is waived by counsel for the accused.

4. Those persons whom the accused reasonably believes are acting on behalf of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her may also be persons in authority. That question will have to be determined on a case-by-case basis.

5. The issue as to who is a person in authority must be resolved by considering it subjectively from the viewpoint of the accused. There must, however, be a reasonable basis for the accused’s belief that the person hearing the statement was a person in authority.

6. The issue will not normally arise in relation to undercover police officers. This is because the issue must be approached from the viewpoint of the accused. On that basis, undercover police officers will not usually be viewed by the accused as persons in authority.

7. If it is contended that the recipient of the statement was a person in authority in the eyes of the accused then the defence must raise the issue with the trial judge. This is appropriate for it is only the accused who can know that the statement was made to someone regarded by the accused as a person in authority.

8. On the ensuing *voir dire* the accused will have the evidential burden of demonstrating that

d’autorité. Bien qu’il ne soit ni nécessaire ni souhaitable de définir de manière absolue l’expression «personne en situation d’autorité», cette expression vise habituellement les personnes qui participent officiellement à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé. En conséquence, elle s’applique aux personnes tels les policiers et les gardiens de prison. Lorsque la déclaration de l’accusé est faite à un policier ou à un gardien de prison, un voir-dire doit être tenu pour déterminer si la déclaration est admissible en tant que déclaration volontaire, sauf si l’avocat de l’accusé renonce au voir-dire.

4. Peuvent aussi être des personnes en situation d’autorité les personnes qui, selon ce que croit raisonnablement l’accusé, agissent pour le compte de la police ou des autorités chargées des poursuites et pourraient, de ce fait, avoir quelque influence ou autorité sur les poursuites engagées contre lui. Cette question doit être tranchée au cas par cas.

5. Pour déterminer qui est une personne en situation d’autorité, il faut examiner la question subjectivement, du point de vue de l’accusé. Toutefois, la croyance de l’accusé que la personne qui entend sa déclaration est une personne en situation d’autorité doit avoir un fondement raisonnable.

6. Cette question ne se posera normalement pas dans le cas des agents doubles de la police, puisque la question doit être examinée du point de vue de l’accusé. En ce sens, les agents doubles ne sont habituellement pas considérés par l’accusé comme des personnes en situation d’autorité.

7. Lorsqu’il est allégué que la personne qui a reçu la déclaration était une personne en situation d’autorité aux yeux de l’accusé, la défense doit alors signaler la question au juge du procès. Cette façon de faire est appropriée car seul l’accusé peut savoir que la déclaration a été faite à une personne qu’il considérerait comme une personne en situation d’autorité.

8. Au cours du voir-dire qui s’ensuit, l’accusé a le fardeau de présenter des éléments de preuve

there is a valid issue for consideration. If the accused meets the burden, the Crown will then have the persuasive burden of demonstrating beyond a reasonable doubt that the receiver of the statement was not a person in authority or if it is found that he or she was a person in authority, that the statement of the accused was made voluntarily.

9. In extremely rare cases the evidence adduced during a trial may be such that it should alert the trial judge that the issue as to whether the receiver of a statement made by an accused was a person in authority should be explored by way of *voir dire*. In those cases, which must be extremely rare in light of the obligation of the accused to raise the issue, the trial judge must of his or her own motion direct a *voir dire*, subject, of course, to waiver of the *voir dire* by counsel for the accused.

10. The duty of the trial judge to hold a *voir dire* of his or her own motion will only arise in those rare cases where the evidence, viewed objectively, is sufficient to alert the trial judge of the need to hold a *voir dire* to determine if the receiver of the statement of the accused was, in the circumstances, a person in authority.

11. If the trial judge is satisfied that the receiver of the statement was not a person in authority but that the statement of the accused was obtained by reprehensible coercive tactics, such as violence or credible threats of violence, then a direction should be given to the jury. The jury should be instructed that if they conclude that the statement was obtained by coercion, they should be cautious about accepting it, and that little if any weight should be attached to it.

V. Application to this Appeal

The appellant contends that the fact that the confession was made to the complainant and her

démontrant l'existence d'une question en litige valide devant être examinée. Si l'accusé s'acquitte de ce fardeau, le ministère public a ensuite le fardeau de persuasion et doit démontrer hors de tout doute raisonnable que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité ou, s'il est jugé qu'il s'agissait d'une telle personne, que la déclaration de l'accusé a été faite volontairement.

9. Dans des cas extrêmement rares, il peut arriver que la preuve produite au procès soit telle qu'elle devrait attirer l'attention du juge du procès sur le fait que la question de savoir si la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé était une personne en situation d'autorité doit être examinée au cours d'un voir-dire. Dans de tels cas, qui doivent être extrêmement rares compte tenu de l'obligation qu'a l'accusé de soulever cette question, le juge du procès doit ordonner d'office un voir-dire, sous réserve, évidemment, de la renonciation par l'avocat de l'accusé à la tenue de cette procédure.

10. L'obligation du juge du procès de tenir d'office un voir-dire ne prend naissance que dans les rares cas où la preuve, examinée objectivement, est suffisante pour attirer son attention sur la nécessité de tenir un voir-dire en vue de déterminer si la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé était, dans les circonstances, une personne en situation d'autorité.

11. Si le juge du procès est convaincu que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité, mais que la déclaration de l'accusé a été obtenue à l'aide de tactiques coercitives répréhensibles, telles la violence ou des menaces de violence crédibles, une directive doit alors être donnée au jury. Le jury doit être avisé que, s'il conclut que la déclaration a été obtenue par coercion, il doit alors faire preuve de prudence avant de l'accepter, et qu'il faut n'accorder que peu ou pas de valeur à cette déclaration.

V. L'application des principes au présent pourvoi

L'appelant prétend que le fait que la déclaration a été faite à la plaignante et à des membres de sa

immediate family should have alerted the trial judge to the need for a *voir dire* since they are capable of being persons in authority for the purpose of the confessions rule. It is true the complainant and her family members are capable of being persons in authority. Indeed, anyone is capable of being a person in authority where a person becomes sufficiently involved with the arrest, detention, examination or prosecution of an accused, and the accused believes that the person may influence the process against him or her. It does not follow that simply because it has been held, in the circumstances presented in other cases, that a family member was a person in authority, that the trial judge should have been alerted to the need for a *voir dire*. Virtually any category of person — parents of the accused, parents of the complainant, teachers, psychiatrists, physicians — may, in light of the particular evidence adduced, be considered to be a person in authority. As the respondent observed, to hold that the trial judge committed an error on the basis that the receiver of the confession is merely capable of being a person in authority is to require a *voir dire* (or waiver) for every statement against interest made by every accused person to anyone. It cannot be forgotten that it is the accused who is in the best position to demonstrate that the receiver of the statement was in his or her eyes a person in authority.

famille immédiate aurait dû attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire puisqu'il s'agissait de personnes capables d'être des personnes en situation d'autorité pour l'application de la règle des confessions. Il est vrai que la plaignante et les membres de sa famille sont capables d'être des personnes en situation d'autorité. De fait, toute personne est capable d'être une personne en situation d'autorité si elle participe suffisamment à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite d'un accusé, et que ce dernier croit que cette personne peut influencer les procédures contre lui. Le seul fait qu'il a été jugé, dans d'autres affaires, qu'un membre de la famille était une personne en situation d'autorité n'emporte pas que le juge du procès aurait dû être sensibilisé à la nécessité de tenir un voir-dire. Pratiquement toute personne — parents de l'accusé, parents du plaignant, enseignants, psychiatres, médecins — peut, sous l'éclairage des éléments de preuve particuliers qui sont produits, être considérée comme une personne en situation d'autorité. Comme l'a fait remarquer l'intimée, statuer que le juge du procès a commis une erreur pour le motif que la personne qui a reçu la déclaration est simplement une personne capable d'être une personne en situation d'autorité équivaut à exiger la tenue d'un voir-dire (ou la renonciation à celui-ci) à l'égard de chaque déclaration contre intérêt faite par l'accusé à qui que ce soit. Il ne faut pas oublier que c'est l'accusé qui est le mieux placé pour démontrer que la personne qui a reçu sa déclaration était, à ses yeux, une personne en situation d'autorité.

50

In this case, the evidence at trial did not disclose any evidence that was sufficient to trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire*. The confrontation at the appellant's workplace was first described by the complainant. She testified as to the events leading up to the confrontation. She stated (1) that her mother questioned her about whether she was pregnant and whether she had had intercourse; (2) that in the course of that conversation, she told her mother that the appellant had sexually assaulted her; (3) that her mother telephoned her father; (4) that she and her mother visited a walk-in clinic in Mississauga where it was con-

Dans le présent cas, aucun des éléments de preuve produits au procès n'était suffisant pour faire naître l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire. La confrontation survenue au lieu de travail de l'appelant a d'abord été décrite par la plaignante. Elle a rappelé, dans son témoignage, les événements qui ont conduit à la confrontation. Elle a affirmé (1) que sa mère lui avait demandé si elle était enceinte et si elle avait eu des relations sexuelles; (2) que, au cours de cette conversation, elle a dit à sa mère que l'appelant l'avait agressée sexuellement; (3) que sa mère a téléphoné à son père; (4) que sa mère et elle-même se sont rendues

firmed that the complainant was pregnant (her boyfriend at the time was the father); (5) that the complainant, together with her mother, father, stepfather and cousin went to confront the appellant. The complainant then related, without objection by the defence, the statements made by the appellant. Thus, when the statements were admitted into evidence, there was nothing to suggest that the complainant or her family members had spoken to the police or anyone else in authority or were even considering making a complaint. Similarly, there was nothing to suggest that the appellant subjectively believed the complainant's family to have control over criminal proceedings. In those circumstances, the trial judge cannot be said to have committed an error by failing to hold a *voir dire* on his own motion.

The appellant, in an alternative argument, relied upon the Privy Council decision in *Thongjai v. The Queen*, [1998] A.C. 54. There it was held that where there is no allegation of mistreatment by the police and the defence is an absolute denial that the statement was made, it is not necessary to hold a *voir dire* to consider whether the statement was voluntary. That argument could not be raised in the case at bar. The person in authority issue was not raised in *Thongjai*. In the circumstances presented in this case, it would be inappropriate to deal with this alternative argument.

Finally, the appellant also contended that even if the evidence of the confession was properly before the trial judge, the judge erred by relying upon this evidence almost exclusively in convicting the appellant. The appellant submits that the trial judge relied on the confession evidence without fully weighing and considering the reliability of the evidence in light of the circumstances surrounding the making of the confession. These submissions cannot be accepted. The record clearly reveals that the trial judge carefully reviewed the appellant's testimony relating to the confrontation with the complainant's family before concluding that the con-

à une clinique de consultation sans rendez-vous située à Mississauga, où on a confirmé la grossesse de la plaignante (son petit ami de l'époque était le père); (5) que la plaignante, accompagnée de sa mère, de son père, de son beau-père et de son cousin, sont allés voir l'appellant pour le sommer de s'expliquer. Ensuite, sans que la défense ne s'y oppose, la plaignante a relaté les déclarations de l'appellant. Par conséquent, lorsque les déclarations ont été admises en preuve, rien n'indiquait que la plaignante ou les membres de sa famille avaient parlé aux policiers ou à quelque autre personne en situation d'autorité, ou envisageaient même de déposer une plainte. De même, rien ne tendait à indiquer que l'appellant croyait subjectivement que la famille de la plaignante avait quelque pouvoir à l'égard des procédures criminelles. Dans ces circonstances, il est impossible d'affirmer que le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas d'office un *voir-dire*.

Dans un argument subsidiaire, l'appellant a invoqué l'arrêt du Conseil privé *Thongjai c. The Queen*, [1998] A.C. 54. Dans cette affaire, il a été jugé que, dans les cas où il n'y a aucune allégation de mauvais traitements infligés par la police, et où, en défense, on nie complètement avoir fait la déclaration, il est inutile de tenir un *voir-dire* pour déterminer si la déclaration était volontaire. Cet argument ne pouvait pas être invoqué en l'espèce. La question de la personne en situation d'autorité n'était pas en litige dans *Thongjai*. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, il ne convient pas d'examiner cet argument subsidiaire.

Enfin, l'appellant a aussi prétendu que, même si la preuve découlant de la confession a été présentée régulièrement au juge du procès, ce dernier a commis une erreur en se fondant presque exclusivement sur cet élément de preuve pour déclarer l'appellant coupable. Ce dernier soutient que le juge du procès s'est appuyé sur cette preuve sans en avoir pleinement apprécié et examiné sa fiabilité à la lumière des circonstances dans lesquelles la confession a été faite. Ces arguments ne peuvent pas être retenus. Il ressort clairement du dossier que le juge du procès a examiné attentivement le témoignage de l'appellant relativement à la con-

51

52

fession evidence was “overwhelming” and that “[t]here [was] no plausible basis for [his] disbelieving the evidence that [the accused] admitted his involvement”. The trial judge also found the complainant to be credible. In these circumstances he could properly use the evidence of the confession to confirm the complainant’s testimony. The reasons of the learned trial judge disclose no error.

VI. Disposition

53 The appeal is therefore dismissed.

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

54 *L'HEUREUX-DUBÉ J.* — This case is about the scope of a trial judge’s duty to direct independently a *voir dire* in order to determine whether out-of-court statements made by an accused were to persons in authority and, if so, are voluntary. Its resolution on the facts of this case is inextricably linked to the more general determination of who constitutes a “person in authority” under the confessions rule.

55 I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Cory. While I agree with his ultimate disposition of this appeal, I differ with respect to the proper interpretation of “persons in authority”, as a pertinent component of the confessions rule, and thus the circumstances which give rise to a trial judge’s duty to direct a *voir dire proprio motu* for the following reasons.

I. The Confessions Rule in Context

56 My colleague Cory J. has set out the relevant facts, and as stated, I ultimately agree with his disposition of this appeal. My differences with his reasons arise in relation to the proper formulation

frontation avec les membres de la famille de la plaignante avant de conclure que la preuve découlant de la confession était [TRADUCTION] «accablante» et qu’«[i]l n’[avait] aucun motif plausible de ne pas donner foi à la preuve que [l’accusé] avait admis sa participation». Le juge du procès a aussi conclu que la plaignante était crédible. Compte tenu des circonstances, il pouvait à bon droit utiliser la preuve découlant de la confession pour confirmer le témoignage de la plaignante. Les motifs du juge du procès ne révèlent aucune erreur.

VI. Le dispositif

Le pourvoi est donc rejeté.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte sur l’étendue de l’obligation du juge du procès d’ordonner d’office la tenue d’un voir-dire en vue de déterminer si les déclarations extrajudiciaires d’un accusé ont été faites à une personne en situation d’autorité et, dans l’affirmative, si ces déclarations ont un caractère volontaire. L’issue du pourvoi, eu égard aux faits de l’affaire, est inextricablement liée à la question plus générale de savoir qui est une «personne en situation d’autorité» pour l’application de la règle des confessions.

J’ai eu l’avantage des motifs de mon collègue le juge Cory et, bien que je sois d’accord avec le résultat auquel il en arrive, je diffère d’opinion, pour les motifs qui suivent, en ce qui concerne l’interprétation à donner à l’expression «personne en situation d’autorité» en tant qu’élément pertinent de la règle des confessions, et, par conséquent, les circonstances qui donnent naissance à l’obligation du juge du procès d’ordonner *proprio motu* la tenue d’un voir-dire.

I. La règle des confessions considérée dans son contexte

Mon collègue le juge Cory énonce les faits pertinents et, comme je l’ai dit, je souscris à la façon dont il tranche le présent pourvoi. Mon désaccord avec ses motifs porte sur la manière dont doit être

of the “person in authority” element of the confessions rule.

The basic formulation of the confessions rule is uncontroversial: a statement obtained by hope of advantage or fear of prejudice held out by a person in authority must be proven voluntary beyond a reasonable doubt before admission into evidence by the Crown (see *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.)). As the expansive body of divergent case law demonstrates, however, the rule’s precise scope and meaning have perplexed courts. In this regard, providing some clarity and certainty to the “person in authority” component of the rule, which is the foundation of a trial judge’s duty to independently direct a *voir dire*, is essential. We cannot forget that common law rules are moulded by judges, and therefore, it is our province, and indeed our duty, to ensure that they serve the interests which they bind (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). The challenge must be to properly construe the confessions rule — this “rule of policy” — and its element of “person in authority” in light of its underlying rationales as they have evolved from the 18th century into the modern criminal justice system.

It is worthwhile to observe at the outset how dramatically different the original criminal context was which gave rise to the confessions rule, for with changing conditions, underlying concerns have inevitably shifted. Lord Hailsham in *D.P.P. v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574 (H.L.), at p. 600, directed his attention to its origins:

By the judiciary, though [the confessions rule] ought not to be extended, it must by no means be whittled down. It bears, it is true, all the marks of its origin at a time when the savage code of the eighteenth century was in full force. At that time almost every serious crime was punishable by death or transportation. The law enforcement officers formed no disciplined police force and were not subject to effective control by the central government,

formulée la composante «personne en situation d’autorité» de la règle des confessions.

L’énoncé de base de la règle des confessions ne suscite aucune controverse: le caractère volontaire d’une déclaration soutirée par la crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage suscité par une personne en situation d’autorité doit être prouvé hors de tout doute raisonnable par le ministre public avant d’être admise en preuve (voir *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.)). Toutefois, comme le démontre l’abondante jurisprudence contradictoire sur la question, les tribunaux sont perplexes quant à la portée et à la signification précises de la règle. Il est donc essentiel d’apporter une certaine mesure de clarté et de certitude en ce qui concerne la composante «personne en situation d’autorité» de la règle, qui est le fondement de l’obligation du juge du procès d’ordonner d’office la tenue d’un voir-dire. Il faut se rappeler que les règles de la common law sont façonnées par les juges, et donc qu’il nous appartient, de fait il nous incombe de faire en sorte qu’elles servent l’intérêt de ceux qu’elles lient (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531). La difficulté est donc d’interpréter adéquatement la règle des confessions — cette «règle de politique judiciaire» — et sa composante «personne en situation d’autorité» à la lumière des principes qui la sous-tendent, selon leur évolution du dix-huitième siècle jusqu’au système moderne de justice pénale.

Dès le départ, il importe de signaler que le contexte pénal qui est à l’origine de la règle des confessions différerait radicalement de la situation actuelle, car l’évolution de ce contexte a inévitablement été accompagnée d’un changement des principes qui la sous-tendaient. Dans l’arrêt *D.P.P. c. Ping Lin*, [1976] A.C. 574 (H.L.), à la p. 600, lord Hailsham s’est penché sur les origines de la règle:

[TRADUCTION] Bien qu’ils ne doivent pas élargir la portée de [la règle des confessions], les tribunaux ne doivent pas non plus en restreindre l’application. Il est vrai que la règle présente tous les stigmates de la barbarie qui régnait lorsqu’elle a vu le jour au dix-huitième siècle. À cette époque, presque tous les crimes graves étaient punissables par la mort ou la transportation. Les responsables de l’application de la loi ne constituaient

watch committees or an inspectorate. There was no legal aid. There was no system of appeal. To crown it all the accused was unable to give evidence on his own behalf and was therefore largely at the mercy of any evidence, either perjured or oppressively obtained, that might be brought against him. The judiciary were therefore compelled to devise artificial rules designed to protect him against dangers now avoided by other and more rational means. Nevertheless, the rule has survived into the twentieth century, not only unmodified but developed. . . .

As an artificial rule designed to protect accused against dangers which are now avoided by other, more rational means like individual rights, the basic counsel that, in spite of this evolution, the confessions rule should not be extended must be taken to heart. It is a policy rule which must be carefully construed in light of modern conditions.

59

In addition to ensuring that our understanding of the confessions rule reflects modern concerns, it is also important to take account of the rule's artificial and exceptional character. Pointedly, the confessions rule is an exception to the basic principle of evidence that all relevant evidence should be admitted to the trier of fact, whose role it is to assess its quality and ultimately, get to the truth of the matter. As explained by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 609:

It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. . . . [E]verything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice. . . .

Our criminal justice system has assigned triers of fact the crucial role of assessing the reliability of

pas un corps de police discipliné et n'étaient soumis à aucun contrôle efficace de la part du gouvernement central, de comités de surveillance ou d'inspecteurs. L'aide juridique n'existait pas, et il n'y avait pas de procédure d'appel. Pour couronner le tout, l'accusé ne pouvait témoigner pour son propre compte et son sort dépendait donc en grande partie de tout parjure ou déposition obtenue par la contrainte susceptible d'être présenté contre lui. Par conséquent, les tribunaux ont dû inventer des règles artificielles destinées à protéger l'accusé contre les dangers qui ne pouvaient être évités par d'autres moyens plus rationnels. Néanmoins, la règle a survécu au cours du vingtième siècle. Elle est non seulement demeurée inchangée, mais sa portée s'est accrue . . .

La règle des confessions étant une règle artificielle destinée à protéger l'accusé contre des dangers qui peuvent désormais être évités grâce à d'autres moyens plus rationnels, tels les droits individuels, la mise en garde selon laquelle, malgré cette évolution, sa portée ne devrait pas être élargie mérite d'être prise au sérieux. Il s'agit d'une règle de politique judiciaire qui doit être interprétée avec précaution, à la lumière du contexte moderne.

En plus de faire en sorte que notre interprétation de la règle des confessions reflète les préoccupations modernes, il est important de tenir compte du caractère artificiel et exceptionnel de cette règle. Il importe de souligner que la règle des confessions est une exception au principe fondamental voulant que tout élément de preuve pertinent soit laissé au juge des faits, dont le rôle consiste à en apprécier la qualité et, en dernier ressort, à découvrir la vérité. Comme l'a expliqué le juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 609:

C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. [. . .] [T]out ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice . . .

Notre système de justice pénale confie au juge des faits le rôle crucial d'apprécier la fiabilité de la

evidence. Unlike the early days of the confessions rule, today the defence has a full opportunity to impugn and explore factors relevant to the reliability of evidence and credibility of witnesses before the triers of fact. As judges, we must guard against interfering with this pivotal and fair process. The confessions rule must be justified by its policy rationales, taking account of the inclusionary gist of basic evidence rules which typically do not justify exclusion on reliability concerns.

In summary, the confessions rule is a specific and delimited exception to the basic rule that it is for the trier of fact to assess the truth of statements in all the surrounding circumstances, as well as the recognition that statements made by the accused against his or her interest are inherently reliable (*Hardy's Trial* (1794), 24 State Tr. 199). Therefore, interpretation of its integral concept of "person in authority" must be bound by applicable policy rationales which justify the confessions rule's exclusion of relevant evidence, to which I will now turn.

II. The Cardinal Role of the "Person in Authority" Element

My colleague Cory J. carefully reviews the history of the confessions rule and appropriately sets its underlying policies in a contemporary context, and there is no need to repeat this exercise. Essentially where, historically, policy concerns related to the confession's reliability, modern rationales for the confessions rule now focus on state conduct and individual fairness. Basic fairness in the criminal process unifies the two rationales of reliability and state deterrence, and questions of truth have given way to a focus on voluntariness.

preuve. Contrairement à la situation qui avait cours lorsque la règle des confessions a pris naissance, de nos jours la défense a pleinement l'occasion d'examiner et de contester les facteurs pertinents à la fiabilité de la preuve et à la crédibilité des témoins devant le juge des faits. En tant que juges, nous devons prendre garde de ne pas entraver ce processus essentiel et équitable. La règle des confessions doit être justifiée par sa philosophie sous-jacente en tenant compte du caractère principalement inclusif des règles fondamentales de preuve qui ne permettent généralement pas l'exclusion d'un élément de preuve en raison de préoccupations touchant à sa fiabilité.

En résumé, la règle des confessions est une exception précise et délimitée à la règle fondamentale selon laquelle il appartient au juge des faits d'apprécier la véracité d'une déclaration compte tenu de l'ensemble des circonstances, et aussi à la reconnaissance que les déclarations faites par l'accusé contre son intérêt sont intrinsèquement dignes de foi (*Hardy's Trial* (1794), 24 State Tr. 199). Par conséquent, l'interprétation de la notion de «personne en situation d'autorité», qui fait partie intégrante de la règle des confessions, doit être circonscrite par la philosophie sous-jacente justifiant l'exclusion d'éléments de preuve pertinents que j'aborde maintenant.

II. Le rôle cardinal de la composante «personne en situation d'autorité»

Mon collègue le juge Cory a soigneusement fait l'historique de la règle des confessions et bien situé, dans le contexte actuel, les principes qui la sous-tendent. Il n'est donc pas nécessaire de refaire cet exercice. Essentiellement, alors qu'historiquement les préoccupations qui sous-tendaient la règle touchaient à la fiabilité des confessions, ses assises modernes actuelles s'attachent à la conduite de l'État et au droit des individus à l'équité. L'équité fondamentale de la procédure pénale unifie ses deux fondements de fiabilité et de dissuasion, et les préoccupations liées à la véracité ont cédé le pas à la notion centrale du caractère volontaire de la déclaration.

60

61

62

The confessions rule is only concerned with voluntariness, however, where statements are made to persons in authority. This latter concept becomes all the more critical when, as my colleague has properly held, we accept that regardless of reliability, the predominant modern rationales for the confessions rule are individual fairness in the criminal process and state accountability. In my view, these rationales explicitly endorse a focus on the relationship between individuals and the state or its representatives, and should define our notion of "person in authority".

63

While judicial recognition of these rationales has been cautious thus far, Cory J.'s reasons reflect their cogency and ultimate acceptance. Modern developments of the confessions rule bolster this conclusion. In *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 391, Wilson J. assessed for the majority how the "operating mind" test as a component of the confessions rule logically revealed:

... a concern not so much for the probative value of the statement as for adjudicative fairness in the criminal process and for control of police conduct in interrogating accused persons.

Similarly, in its study, the *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982) the Task Force concluded at p. 175 that the modern-day rationale for the confessions rule is:

... based on the principle that the Crown cannot require the accused to provide evidence against himself. The rationale puts the Rule in a party and party context, and accordingly does not apply to outsiders. The Crown therefore is not precluded from taking advantage of relevant evidence obtained as the result of actions by someone other than a Crown agent or representative. The Task Force unanimously concludes that the Confessions Rule should only apply to statements made to persons in authority, and that inducements emanating from other sources, where there is no implied authority from the Crown, should only affect the weight of any answer given by the accused. [Emphasis added.]

La règle des confessions ne s'attache, toutefois, au caractère volontaire d'une déclaration que lorsque celle-ci est faite à une personne en situation d'autorité. Cette dernière notion devient d'autant plus cruciale lorsque, comme l'a à juste titre conclu mon collègue, on admet que, indépendamment de la question de la fiabilité, les fondements prédominants de la règle des confessions sont aujourd'hui le droit des individus à l'équité dans le processus pénal et la responsabilité de l'État. À mon avis, ces fondements mettent clairement l'accent sur les rapports entre les individus d'une part, et l'État ou ses représentants d'autre part, et ils devraient définir la notion de «personne en situation d'autorité».

Même si, jusqu'à maintenant, les tribunaux n'ont reconnu ces principes sous-jacents qu'avec prudence, les motifs du juge Cory traduisent leur force et, finalement, leur acceptation. L'évolution récente de la règle des confessions renforce cette conclusion. Dans *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 391, Madame le juge Wilson a conclu, au nom de la majorité, que le critère de l'«état d'esprit conscient», qui est un élément de la règle des confessions, révèle logiquement:

... un intérêt moins pour la valeur probante de la déclaration, que pour l'équité dans le processus décisionnel en matière criminelle et le contrôle des actes de la police au cours de l'interrogatoire d'accusés.

De même, dans le *Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), le Groupe a conclu, à la p. 196, que la règle des confessions semble maintenant:

... se fonder sur le principe selon lequel la Couronne ne peut obliger l'accusé à s'incriminer. Cette règle ne vaut qu'entre les parties en cause et ne s'applique pas aux tiers. Il n'est donc pas interdit à la Couronne de tirer profit d'une déclaration pertinente obtenue par une personne autre qu'un mandataire ou représentant de la Couronne. Le groupe de travail conclut unanimement que la règle du libre aveu ne devrait s'appliquer qu'aux déclarations faites à une personne en situation d'autorité et que les incitations provenant d'autres sources, sans l'autorisation tacite de la Couronne, ne pourraient qu'influer sur la valeur probante d'une réponse fournie par l'accusé. [Je souligne.]

My colleague accepts this view which implies that the confessions rule has no justification without the policy of deterrence. In other words, without state presence as required by the “person in authority” component, the confessions rule would stand in direct conflict with the basic rule of evidence that the reliability of evidence is a matter for the trier of fact. Given the rule’s infidelity to the principle of reliability, it is important to both affirm its inextricable relationship with concerns about the integrity of the justice system, the fairness of criminal procedure and the conduct of state agents, and reflect this affirmation in our interpretation of the “person in authority” element.

While accepting these modern rationales for the confessions rule, my colleague, surprisingly, does not similarly endorse the Task Force’s strong conclusion regarding “persons in authority” such that, absent Crown conduct, a lack of voluntariness should only affect the weight of statements and not their admissibility. Indeed, Cory J. allows that “the person in authority requirement should remain a part of the confessions rule” (para. 26); however, he also suggests that Parliament should consider and ultimately enact its elimination in order to redress the “unfairness of admitting statements coerced by private individuals” (para. 29). I respectfully disagree that such a recommendation is appropriate or desirable, and maintain that general involuntariness should not affect the admissibility of statements.

First, this suggestion contradicts the affirmation that the confessions rule is now primarily directed toward deterring improper use of prosecutorial state authority, which ultimately implies that some presence of the state or its agents is crucial. Therefore, any instances of private coercion fall beyond the scope of the confessions rule. The general unfairness of utilizing involuntary statements

Mon collègue souscrit à ce point de vue qui implique que la règle des confessions n’a aucune raison d’être si on exclut l’objectif de dissuasion. En d’autres mots, sans la présence de l’État requise par la composante «personne en situation d’autorité», la règle des confessions serait en contradiction directe avec la règle fondamentale de preuve selon laquelle la question de la fiabilité de la preuve est du ressort du juge des faits. Étant donné que la règle déroge au principe de la fiabilité, il est important de confirmer que la règle est inextricablement liée à des préoccupations concernant l’intégrité du système de justice, l’équité de la procédure pénale et la conduite des agents de l’État, et de tenir compte de cette confirmation dans l’interprétation de la composante «personne en situation d’autorité».

Étonnamment, bien qu’il accepte ces fondements modernes de la règle des confessions, mon collègue ne souscrit pas pour autant à la conclusion ferme énoncée par le Groupe de travail au sujet des «personnes en situation d’autorité» et selon laquelle, à défaut d’actes de l’État, le caractère non volontaire ne devrait influencer que sur la valeur probante de la déclaration et non sur son admissibilité. De fait, le juge Cory estime que l’exigence relative à «la personne en situation d’autorité devrait continuer de faire partie de la règle des confessions» (par. 26). Toutefois, il ajoute que le Parlement devrait envisager de supprimer cette exigence par voie législative, afin de remédier à «[l]’injustice qui découlerait de l’admission de déclarations obtenues par de simples citoyens grâce à la contrainte» (par. 29). Avec égards, une telle recommandation n’est ni appropriée ni souhaitable, et je maintiens que, de façon générale, le caractère involontaire d’une déclaration ne devrait pas influencer sur son admissibilité.

Premièrement, cette suggestion contredit l’affirmation selon laquelle la règle des confessions vise principalement de nos jours à décourager un usage impropre du pouvoir de poursuite de l’État, ce qui suppose, en définitive, qu’une certaine présence de l’État ou de ses mandataires est cruciale. En conséquence, tout cas de contrainte exercée par de simples citoyens échappe à l’application de la règle

resulting from private coercion has never been the focus of the confessions rule, even when the rule was justified by policy concerns for reliability. Its modern rationales explicitly affirm that the rule is concerned only with voluntariness within the relationship between the state and individual.

66 Indeed, I find the recommendation to eliminate the person in authority requirement to be inconsistent with Cory J.'s own acknowledgment (at para. 24) that "it is the nature of the authority exerted by the state that might prompt an involuntary statement"(emphasis added); and further (at para. 29), how the confessions rule "is carefully calibrated to ensure that the coercive power of the state is held in check and to preserve the principle against self-incrimination". These rationales, and thus the confessions rule itself, are concerned with state action, as affirmed by Sopinka J. in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at p. 932:

The preoccupation of the common law and *Charter* cases in preserving for the suspect the right to choose has been in relation to state action. Did the action of police authorities deprive the suspect of making an effective choice by reason of coercion, trickery or misinformation or the lack of information? [Emphasis added.]

Essentially, an expansion of the confessions rule to private instances of coercion would not serve the modern principles which justify its exclusionary character and, therefore, I do not agree with my colleague's suggestion in this regard. The confessions rule is not concerned with private conversations, but rather a state's criminal investigations in which private persons are most vulnerable to the coercive power of the state.

67 Finally, we must consider how an expansion of the confessions rule to private instances of coercion should account for the public interest in placing probative evidence before juries. In assessing

des confessions. L'iniquité générale découlant de l'utilisation d'une déclaration involontaire obtenue sous la contrainte par de simples citoyens n'a jamais été visée par la règle des confessions, même lorsque celle-ci se justifiait par des préoccupations ayant trait à la fiabilité de la déclaration. Il ressort clairement des fondements modernes de la règle que celle-ci ne s'attache qu'au caractère volontaire des déclarations obtenues dans le cadre des rapports opposant l'État et les individus.

De fait, j'estime que la recommandation du juge Cory de supprimer l'exigence relative à la personne en situation d'autorité est incompatible avec son affirmation, au par. 24, selon laquelle «c'est la nature de l'autorité exercée par l'État qui peut pousser une personne à faire une déclaration involontaire» (je souligne), et, plus loin, au par. 29, que la règle «est soigneusement calibrée pour tenir en échec le pouvoir de coercion de l'État et pour préserver le principe de la protection contre l'auto-incrimination». Ces principes sous-jacents, et donc la règle des confessions elle-même, visent les actes de l'État, comme l'a affirmé le juge Sopinka dans *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, à la p. 932:

Le souci de préserver le droit du suspect de faire un choix, dans la jurisprudence en matière de common law et celle relative à la *Charte*, a été exprimé relativement à des actes de l'État. Les actes des autorités policières ont-ils empêché le suspect de faire un véritable choix en raison d'une contrainte, d'une ruse ou d'une information inexacte ou inexistante? [Je souligne.]

Essentiellement, le fait d'élargir l'application de la règle des confessions aux cas de contrainte exercée par de simples citoyens ne servirait pas les principes modernes qui justifient le caractère d'exclusion de la règle. Par conséquent, je suis en désaccord avec la recommandation de mon collègue à cet égard. La règle des confessions ne vise pas les conversations privées mais plutôt les enquêtes criminelles menées par l'État, à l'intérieur desquelles les citoyens sont particulièrement vulnérables face au pouvoir de contrainte de l'État.

Enfin, il faut se demander comment l'élargissement de l'application de la règle des confessions aux cas de contrainte exercée par des simples citoyens favoriserait l'intérêt qu'a le public à ce

an expansion of the confessions rule, White J. for the U.S. Supreme Court in *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972), fittingly observed at pp. 488-89:

Without good cause, we are unwilling to expand currently applicable exclusionary rules by erecting additional barriers to placing truthful and probative evidence before state juries and by revising the standards applicable in collateral proceedings. . . . [T]he exclusionary rules are very much aimed at deterring lawless conduct by police and prosecution and . . . the public [has an] interest in placing probative evidence before juries for the purpose of arriving at truthful decisions about guilt or innocence.

Indeed, not only does an expansion of the confessions rule to private instances of coercion not serve its modern underlying rationales, but it would also erect additional barriers keeping relevant evidence from the triers of fact and thus unjustifiably impede their task of ascertaining the truth of the matter before them. Failing to serve any legitimate purpose within the confines of this policy rule, I conclude that the expansion suggested by my colleague is inappropriate and undesirable. Any private threats and inducements which affect the reliability of confessions are for the trier of fact to assess.

I similarly find that the special jury directions provided by my colleague for cases of private coercion (para. 30) unnecessary in any categorical sense. These statements will be subject to cross-examination and refutation by the defence before the trier of fact, who scrutinizes them carefully in all the surrounding circumstances before assigning them with any weight. Special warnings are no more necessary in these circumstances to supplement the basic fairness of the existing process than other types of evidence like, for example, alibi or identification evidence. The prospect of special

que des éléments de preuve probants soient présentés au jury. Dans l'affaire *Lego c. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972), le juge White de la Cour suprême des États-Unis a, avec justesse, fait observer ce qui suit au sujet de l'opportunité d'élargir la portée de la règle des confessions, aux pp. 488 et 489:

[TRADUCTION] À moins qu'il n'existe un motif valable de le faire, nous ne sommes pas disposés à élargir la portée des règles d'exclusion qui s'appliquent actuellement en érigeant des obstacles supplémentaires à la présentation d'éléments de preuve véridiques et probants aux jurys des tribunaux des États et en révisant les normes applicables aux procédures incidentes. [. . .] [L]es règles d'exclusion visent en grande partie à décourager le comportement illégal de la police ou du poursuivant et [. . .] [il est] dans l'intérêt du public que soient présentés aux jurys des éléments de preuve probants pour qu'ils puissent rendre la bonne décision quant à la culpabilité ou à l'innocence.

De fait, non seulement l'élargissement de l'application de la règle des confessions aux cas de contrainte exercée par de simples citoyens ne servirait pas les fondements modernes de la règle, mais elle aurait également pour effet d'ériger des obstacles supplémentaires qui priveraient les juges des faits d'éléments de preuve pertinents, entravant ainsi de façon injustifiable la tâche qui leur incombe, soit celle de découvrir la vérité. Comme il n'a aucun objectif légitime dans le cadre de cette règle de politique judiciaire, l'élargissement préconisé par mon collègue n'est ni approprié ni souhaitable. Toutes les menaces et promesses qui sont le fait de simples citoyens et influent sur la fiabilité d'une confession doivent être laissées à l'appréciation du juge des faits.

Je conclus également que les directives spéciales proposées par mon collègue lors de l'adresse au jury dans les cas de contrainte exercée par de simples citoyens (par. 30) ne sont nullement nécessaires. Ces déclarations feront l'objet d'un contre-interrogatoire et d'une réfutation par la défense devant le juge des faits, qui les examinera minutieusement en tenant compte de toutes les circonstances avant de leur accorder quelque poids. En pareils cas, une mise en garde particulière n'est pas plus nécessaire pour ajouter à l'équité fondamentale du processus actuel qu'elle ne l'est à l'égard

warnings in every instance of evidence prejudicial to the accused does not foster an effective administration of justice.

69

In summary, legislative change to the confessions rule altering the requirement of a person in authority is neither appropriate nor desirable. The best rule remains, as stated by Martland J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 664:

Once it is accepted that the confession of the appellant was not made to a person in authority, it was properly admissible without any requirement for the Crown to establish that it was voluntary. The confession was in the same position as if it had been made to someone other than a police officer.

Strict retention of this rule promotes clarity, is consistent with modern rationales justifying the exclusion of relevant evidence and serves the general public interest by facilitating the pursuit of truth. At the end of the day, the "person in authority" requirement is, and should remain, the pivotal concept in the confessions rule. The next relevant question is how to interpret this concept properly.

III. Defining "Person in Authority"

70

The general definition of "person in authority" is "someone [formally] engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused" (emphasis added) (see *R. v. Paonessa* (1982), 66 C.C.C. (2d) 300 (Ont. C.A.), at p. 306, aff'd [1983] 1 S.C.R. 660). This includes both formal representatives and agents of the state. In my view, this remains the basic test and I have difficulties with my colleague's largely subjective approach to this concept, which, I fear, leaves undue scope for encompassing private persons. Given my conclusion as to the cardinal role of the concept of "persons in authority" in the confessions rule, and how it directs the latter toward state conduct, I find that a broad and subjective interpretation of "persons in authority" has the danger of

d'autres types de preuve, telles les preuves d'alibi ou d'identification. L'idée d'une mise en garde particulière dans tous les cas où la preuve est préjudiciable à l'accusé ne favorise pas une administration efficace de la justice.

Pour résumer, il n'est ni approprié ni souhaitable de modifier la règle des confessions par voie législative pour supprimer l'exigence relative à la personne en situation d'autorité. La meilleure règle demeure celle énoncée par le juge Martland dans l'affaire *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 664:

Une fois admis qu'elle n'avait pas été faite à une personne ayant autorité, la confession de l'appelant était recevable sans que le ministère public ait à établir qu'elle était volontaire. Il s'agissait d'une confession comme celle qui aurait été faite à une personne autre qu'un agent de police.

Le maintien strict de cette règle favorise la clarté, est compatible avec les fondements modernes de l'exclusion d'éléments de preuve pertinents et sert l'intérêt général du public en facilitant la recherche de la vérité. En dernière analyse, l'exigence relative à la «personne en situation d'autorité» est et devrait demeurer la notion centrale de la règle des confessions. La question qui se pose à ce stade est celle de l'interprétation appropriée de cette notion.

III. La définition de «personne en situation d'autorité»

De façon générale, l'expression «personne en situation d'autorité» s'entend d'une [TRADUCTION] «personne qui participe [officiellement] à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé» (je souligne) (voir *R. c. Paonessa* (1982), 66 C.C.C. (2d) 300 (C.A. Ont.), à la p. 306, conf. par [1983] 1 R.C.S. 660). Cette définition vise à la fois les représentants et les mandataires officiels de l'État. À mon avis, cela demeure le critère de base, et j'ai certaines réserves vis-à-vis l'approche largement subjective préconisée par mon collègue à l'égard de cette notion, qui, je le crains, est susceptible d'élargir indûment la portée de la règle pour inclure les simples citoyens. Vu ma conclusion en ce qui concerne le rôle cardinal de la notion de «personne en

excluding evidence derived from purely private conversations and thus indirectly achieving what we have rejected above as inappropriate. Indeed, as examined below, logic and the applicable authorities persuade me that the analysis of “person in authority” should begin with an objective test that mirrors the general definition, and only subsequently turn to examine the subjective belief of the accused.

According to my colleague, the broad principled test for “persons in authority” is: “persons whom the accused reasonably believes are acting on behalf of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her may also be persons in authority” (para. 48, principle 4, emphasis added). This issue should be resolved by “considering it subjectively from the viewpoint of the accused”, although there must be “a reasonable basis for the accused’s belief that the person hearing the statement was a person in authority” (para. 48, principle 5). This reasonableness element involves, in his view, a consideration of the “circumstances surrounding the making of the statement” (para. 34), and appears to necessitate an objective assessment of the accused’s particular perceptions (at para. 34):

... where the accused speaks out of fear of reprisal or hope of advantage because he reasonably believes the person receiving the statement is acting as an agent of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her, then the receiver of the statement is properly considered a person in authority.

On his test, anyone is capable of being a person in authority — parents of the accused or complainant, teachers, psychiatrists, physicians — depending on

situation d’autorité» dans la règle des confessions et la façon dont cette notion axe la règle sur la conduite de l’État, je conclus qu’une interprétation large et subjective de l’expression «personne en situation d’autorité» risque de se traduire par l’exclusion d’éléments de preuve découlant de conversations purement privées et, ainsi, d’entraîner indirectement le résultat qui a été considéré inapproprié précédemment. De fait, comme le montre l’analyse qui suit, la logique, ainsi que la doctrine et la jurisprudence pertinentes, me persuadent que l’analyse fondée sur la notion de «personne en situation d’autorité» doit débiter par l’application d’un critère reflétant la définition générale de cette expression, et n’examiner que par la suite la croyance subjective de l’accusé.

Selon mon collègue, le critère général d’identification des «personnes en situation d’autorité» est le suivant: «les personnes qui, selon ce que croit raisonnablement l’accusé, agissent pour le compte de la police ou des autorités chargées des poursuites et pourraient, de ce fait, avoir quelque influence ou autorité sur les poursuites engagées contre lui (par. 48, principe 4, je souligne). Pour statuer sur cette question, il faut «examiner la question subjectivement, du point de vue de l’accusé», bien que «la croyance de l’accusé que la personne qui entend sa déclaration est une personne en situation d’autorité doi[ve] avoir un fondement raisonnable» (par. 48, principe 5). De l’avis de mon collègue, ce caractère raisonnable implique la prise en considération des «circonstances dans lesquelles [l’accusé a] fait la déclaration» (par. 34), et semble exiger une appréciation objective des perceptions particulières de l’accusé (au par. 34):

... si l’accusé parle par crainte de représailles ou dans l’espoir d’obtenir un avantage parce qu’il croit raisonnablement que la personne qui reçoit sa déclaration agit à titre de mandataire de la police ou des autorités chargées des poursuites et qu’elle pourrait par conséquent avoir quelque influence ou pouvoir sur les poursuites engagées contre lui, cette personne est alors à juste titre considérée comme une personne en situation d’autorité.

Selon ce critère, toute personne — parents de l’accusé, parents du plaignant, enseignants, psychiatres, médecins — peut être une personne en

the particular evidence adduced and what it reveals of the accused's perceptions (para. 49). One can immediately see the vagueness of the test and the uncertainty that this approach will generate.

situation d'autorité, compte tenu des éléments particuliers mis en preuve et de ce qu'ils révèlent concernant les perceptions de l'accusé (par. 49). L'imprécision de ce critère est apparent, tout comme l'incertitude que son application est susceptible d'entraîner.

72

There is considerable disagreement in the authorities as to the nature of the "person in authority" test. My colleague, like a number of lower courts, draws on the highly subjective test advocated by Fred Kaufman in *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 81, which asks:

Il y a des divergences de vue considérables dans la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne la nature du critère relatif à la «personne en situation d'autorité». Tout comme un certain nombre de juges de tribunaux inférieurs, mon collègue s'en remet au critère hautement subjectif préconisé par Fred Kaufman dans *The Admissibility of Confessions* (3^e éd. 1979), à la p. 81, où l'auteur pose la question suivante:

Did the accused truly believe, at the time he made the declaration, that the person he dealt with had some degree of power over him? [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] *Au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé croyait-il réellement que la personne à qui il s'adressait avait un certain pouvoir sur lui?* [En italique dans l'original.]

See, for example, *R. v. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17 (Ont. C.A.), leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. v; *R. v. Stewart* (1980), 54 C.C.C. (2d) 93 (Alta. C.A.); *R. v. Fowler* (1982), 4 C.C.C. (3d) 481 (Nfld. C.A.); and *R. v. Collins* (1975), 29 C.C.C. (2d) 304 (Alta. S.C.).

Voir, par exemple, *R. c. A.B.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 17 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée [1986] 1 R.C.S. v; *R. c. Stewart* (1980), 54 C.C.C. (2d) 93 (C.A. Alb.); *R. c. Fowler* (1982), 4 C.C.C. (3d) 481 (C.A.T.-N.); et *R. c. Collins* (1975), 29 C.C.C. (2d) 304 (C.S. Alb.).

73

At the other hand of the spectrum, in *Paonessa*, *supra*, a highly objective approach was adopted. In the Court of Appeal, Zuber J.A. for the majority, in a judgment affirmed by our Court, held at p. 306 that a "person in authority" was only someone actually engaged in criminal proceedings against the accused:

À l'autre extrémité du spectre, dans *Paonessa*, précité, on a retenu une approche éminemment objective. Le juge Zuber de la Cour d'appel a écrit, à la p. 306, au nom de la majorité, dans un jugement confirmé par notre Cour, que la «personne en situation d'autorité» s'entend uniquement d'une personne qui participe véritablement aux procédures criminelles engagées contre l'accusé:

The confession rules apply only where the accused makes a statement to a "person in authority", *i.e.*, someone engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused. Paquette's evidence at his bail hearing was a public statement in open Court presided over by a Magistrate (Provincial Court Judge). . . . The Magistrate, as investigator or interrogator is no longer a part of the Canadian system of criminal justice and as a result the modern Magistrate is not a "person in

[TRADUCTION] La règle des confessions s'applique uniquement lorsque l'accusé fait une déclaration à une «personne en situation d'autorité», à savoir une personne qui participe à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé. Le témoignage de Paquette lors de l'enquête sur le cautionnement constitue une déclaration publique faite devant un tribunal présidé par un magistrat (un juge de la Cour provinciale). [. . .] Le magistrat, en tant qu'enquêteur ou interrogateur, ne fait plus partie du système canadien de justice pénale, de sorte que, de nos jours, le magistrat n'est pas une «personne en situation d'auto-

authority” so as to attract the operation of the rules of evidence relating to confessions. [Emphasis added.]

Such emphasis on the objective status of “persons in authority” is warranted. Indeed, it should serve as a threshold requirement for the application of the exclusionary rule, before the subjective belief of the accused comes into play. This approach has support in the authorities, and more importantly, is required by the rule’s modern rationales directed toward state conduct. In addition, a purely subjective test is inappropriate because it effectively collapses the “person in authority” requirement into an assessment of subjective voluntariness. I will review these arguments in turn.

Cory J. relies on the majority judgment of this Court in *Rothman*, *supra*, for his conclusion that the relevant test is based on “the extent to which the accused believed the person could influence or control the proceedings against him or her” (para. 32 (emphasis added)). However, the subjective test adopted by Martland J. must be understood in its particular context, for *Rothman* addressed the admissibility of a statement made to an undercover police officer during incarceration. Therefore, the objective requirement of state presence, a traditional person in authority, was never in doubt which explains why both parties conceded to the application of a subjective test in the case. Indeed, Martland J. himself, at p. 664, specified that:

... a subjective test should be applied in the circumstances of this case. I also agree with [the] conclusion that McKnight [the undercover police officer] was not a person in authority because he was not regarded as such by the appellant.

Martland J., at p. 663, quoted Jessup J.A., who in turn had quoted Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, to the effect that notwithstanding the presence of a person who, “from a purely objective point of view, was in a position of undoubted

rité et que les règles de preuve relatives aux confessions ne s’appliquent pas. [Je souligne.]

Une telle emphase sur la qualité objective de «personne en situation d’autorité» est justifiée. De fait, il devrait s’agir d’une condition préliminaire à l’application de la règle d’exclusion, avant la prise en considération de la croyance subjective de l’accusé. Cette approche trouve appui dans la doctrine et la jurisprudence et, plus important encore, elle est nécessaire en raison des fondements actuels de la règle qui mettent l’accent sur la conduite de l’État. En outre, un critère purement subjectif ne convient pas, puisqu’il a pour effet de réduire l’exigence relative à la «personne en situation d’autorité» à une appréciation du caractère volontaire de la déclaration d’un point de vue subjectif. Je vais examiner ces arguments à tour de rôle.

Le juge Cory invoque le jugement de la majorité de notre Cour dans l’affaire *Rothman*, précité, au soutien de sa conclusion que le critère pertinent est fondé sur «la mesure dans laquelle l’accusé croyait que la personne [ayant reçu sa déclaration] avait quelque influence ou pouvoir sur les procédures engagées contre lui» (par. 32 (je souligne)). Toutefois, le critère subjectif retenu par le juge Martland doit être considéré dans son contexte particulier, puisque l’affaire portait sur la recevabilité d’une déclaration faite par un détenu à un agent double de la police. Par conséquent, l’exigence objective de la présence de l’État, c’est-à-dire d’une personne en situation d’autorité au sens traditionnel, n’a jamais été mise en question, ce qui explique pourquoi les deux parties ont concédé qu’un critère subjectif s’appliquait dans cette affaire. En effet, le juge Martland a lui-même précisé ce qui suit, à la p. 664:

... dans les circonstances de la présente affaire, il faut appliquer un critère subjectif. Je souscris également à [l]a conclusion que McKnight [le policier en civil] n’était pas une personne ayant autorité parce que l’appellant ne le considérait pas comme tel.

Le juge Martland cite, à la p. 663, les propos suivants du juge Jessup — qui lui-même avait cité Kaufman, *The Admissibility of Confessions* — selon lesquels, malgré la présence d’une personne qui «était, d’un point de vue purement objectif, une

authority”, the rules which attach to this status under the confessions rule will only apply if the accused believed that the person could make good on the promises or threats. In such cases, a consideration of the effect of the inducement on the mind of the accused in the known circumstances is called for. This subjective effect only became relevant once the objective threshold test was first met — the statement was made to a person formally engaged in the detention of the accused, without doubt otherwise, a person in authority.

76

This view of the Court’s test in *Rothman* is bolstered by the evident and laudable concern of the majority not to impede police investigations unduly, nor keep clearly relevant information from the trier of fact. Lamer J., as he then was, outlined this germane concern in concurring reasons, at p. 697:

It must also be borne in mind that the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must sometimes of necessity resort to tricks or other forms of deceit and should not through the [confessions] rule be hampered in their work.

This policy concern, the potential for the confession rule to hamper police investigation, and the objective reality of state involvement, precipitated the Court’s examination of the accused’s subjective belief. In other words, in order to avoid giving the confessions rule an overly broad scope, the objective threshold test for person in authority was nuanced with a subjective element. As assessed by Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 351, *A.B.*, *supra*, determined that “even if it can be established on objective criteria that the person who obtains the

personne ayant autorité», les règles qui découlent de cette qualité dans le cadre de la règle des confessions ne s’appliquent que si l’accusé croit que la personne est en mesure de tenir sa promesse ou de donner suite à ses menaces. Dans de tels cas, il y a lieu d’examiner l’effet de l’incitation sur l’esprit de l’accusé dans les circonstances données. Cet effet subjectif ne devenait pertinent qu’une fois le critère objectif préliminaire satisfait — la déclaration avait été faite à une personne participant officiellement à la détention de l’accusé et qui était, en l’absence de tout doute à cet égard, une personne en situation d’autorité.

Cette interprétation du critère énoncé par notre Cour dans l’arrêt *Rothman* est renforcée par le souci manifeste et louable de la majorité de ne pas entraver indûment le déroulement des enquêtes policières et de ne pas soustraire à l’examen du juge des faits des renseignements clairement pertinents. Le juge Lamer, maintenant Juge en chef du Canada, a souligné la pertinence de cette préoccupation dans ses motifs concourants, à la p. 697:

Il faut aussi se rappeler qu’une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d’artifices et d’autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l’application de la règle [des confessions].

Cette préoccupation d’intérêt général, c’est-à-dire le risque que la règle des confessions entrave les enquêtes policières, et la réalité objective de la participation de l’État ont amené notre Cour à prendre en considération la croyance subjective de l’accusé. En d’autres termes, afin d’éviter d’accorder une portée trop large à la règle des confessions, l’application du critère objectif préliminaire de la personne en situation d’autorité a été nuancée par la prise en considération d’un élément subjectif. Comme l’affirment Sopinka, Lederman et Bryant, dans l’ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 351, l’arrêt *A.B.*, précité, a indiqué que, [TRADUCTION] «même s’il peut être établi, suivant des critères objectifs, que la personne qui a obtenu la déclaration pouvait être considérée

statement could be characterized as an authority figure, that is not determinative of the issue”.

The dissenting comments of Estey J. in *Rothman* are also instructive. Embracing the more modern rationales of the confessions rule, Estey J. affirmed, at p. 650, the irrelevance of subjective belief where there is not, objectively, a state representative:

The principle [of voluntariness] itself, of course, requires (and this is an absolute requisite) that the statement in fact be made to a person in authority; and if this qualification is not met, then it matters not whether the person is known to the accused to be one in authority. This is because the principle adopted for the protection of the integrity of the administration of justice is founded upon the realization that persons in authority, instrumentalities of the State, must observe certain basic rules. [Emphasis added.]

In my view, this passage properly demonstrates how the confessions rule is, first and foremost, concerned with state conduct. However, given the concern of unduly hampering legitimate investigative work, the majority properly determined that subjective belief also becomes relevant where there is, in fact, an “instrumentality of the State” present. In *Rothman*, although the disguised police officer was in fact a person in authority, he was not to be regarded as such under the confessions rule because the accused did not believe him to be so.

Rothman, therefore, stands for the proposition that, in some instances, a person with undoubted objective authority will not retain this status under the confessions rule because the accused was unaware of this authority and it cannot be said that the latter bore upon the voluntariness of the admission. In such circumstances, the confessions rule promulgates the fiction that a police officer is not a “person in authority”. This fiction is only necessary, as Lamer J. noted, at p. 680, where the rule is couched in terms of voluntariness as opposed to reliability, and the subjective impact of the actual authority held out is assessed. In summary, I conclude that the adoption in *Rothman* of a subjective

comme une personne en situation d’autorité, cet élément n’est pas déterminant».

Les commentaires dissidents du juge Estey dans l’arrêt *Rothman* sont également instructifs. Souscrivant aux fondements plus modernes de la règle des confessions, le juge Estey a affirmé, à la p. 650, que la croyance subjective n’est pas pertinente lorsqu’il n’y a pas objectivement de représentant de l’État:

Bien sûr, le principe [du caractère volontaire] lui-même exige, et cette exigence est absolue, que la déclaration, en fait, soit faite à une personne ayant autorité; et si cette exigence n’est pas remplie, il n’importe pas alors que l’accusé sache que la personne est une personne ayant autorité. Et ce parce que le principe adopté en vue de protéger l’intégrité de l’administration de la justice s’appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l’État, doivent observer certaines règles de base. [Je souligne.]

À mon avis, cet extrait montre bien que la règle des confessions vise d’abord et avant tout la conduite de l’État. Cependant, étant donné le souci de ne pas entraver indûment les enquêtes légitimes, la majorité a, à juste titre, statué que la croyance subjective est également pertinente lorsque, dans les faits, un «instrument de l’État» est présent. Dans l’affaire *Rothman*, même si le policier déguisé était, dans les faits, une personne en situation d’autorité, il ne devait pas être considéré comme tel pour l’application de la règle des confessions, car l’accusé ne croyait pas que son interlocuteur était une telle personne.

Par conséquent, l’arrêt *Rothman* permet d’affirmer que, dans certains cas, une personne, qui est par ailleurs objectivement en situation d’autorité, ne sera pas considérée comme telle pour l’application de la règle des confessions puisque l’accusé ignorait cette qualité, et qu’on ne peut soutenir que cette qualité ait eu une incidence sur le caractère volontaire de l’aveu. Dans de telles circonstances, la règle des confessions énonce la fiction que l’agent de police n’est pas une «personne en situation d’autorité». Cette fiction n’est nécessaire, comme l’a souligné le juge Lamer, à la p. 680, que si la règle est exprimée en fonction du caractère volontaire de la déclaration, plutôt qu’en fonction

77

78

test must be taken in its evident state context, where there was never any question that the objective threshold of a traditional person in authority was met. The same reasoning applies to the case of *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.), which also involved undercover agents of the state.

de sa fiabilité, et que si on apprécie l'effet subjectif de l'autorité réellement détenue. En résumé, j'arrive à la conclusion que l'adoption, dans *Rothman*, d'un critère subjectif doit être considérée dans son contexte évident — celui d'une présence étatique — où on n'a jamais douté que le critère objectif préliminaire de la présence d'une personne en situation d'autorité au sens traditionnel était respecté. Le même raisonnement s'applique à l'affaire *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.), qui mettait également en cause des agents doubles de l'État.

79

I, therefore, cannot agree with my colleague's assertion at para. 32 that "from its earliest inception in Canadian law, the question as to who should be considered as a person in authority depended on the extent to which the accused believed the person could influence or control the proceedings against him or her". The authorities suggest on the contrary, in my view, that the first requirement is that such a person has actual authority or control over the proceedings against the accused, and that the subjective belief is an additional requirement. Pointedly, *Rothman* depicts the utility of a subjective test in undercover cases, whereby the scope of "persons in authority" is narrowed, the fiction propagated that objective persons in authority were not to be recognized as such, and the relevant evidence admitted before the trier of fact.

Je ne peux donc pas souscrire à l'affirmation de mon collègue au par. 32 que, «dès les premières manifestations de ce concept en droit canadien, la réponse à la question de savoir qui devrait être considéré comme une personne en situation d'autorité a été fonction de la mesure dans laquelle l'accusé croyait que la personne en cause avait quelque influence ou pouvoir sur les procédures engagées contre lui». À mon avis, la doctrine et la jurisprudence suggèrent, au contraire, que la première condition est qu'une telle personne ait une autorité ou un pouvoir véritable sur les procédures engagées contre l'accusé, et que la croyance subjective de l'accusé constitue une condition supplémentaire. L'arrêt *Rothman* montre précisément l'utilité d'un critère subjectif dans les affaires d'agents doubles, là où la portée de la notion de «personne en situation d'autorité» est restreinte et la fiction veut que des personnes, par ailleurs objectivement en situation d'autorité, ne soient pas considérées comme telles, et les éléments de preuve pertinents soient admis devant le juge des faits.

80

The pivotal relationship of the confessions rule with objective state conduct was affirmed in *R. v. McIntyre* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266 (C.A.), aff'd [1994] 2 S.C.R. 480. There the accused had been released by the police, and five months later made statements to undercover officers who passed themselves off as criminals. Considering the concern expressed in *Rothman* that police may sometimes of necessity resort to tricks, the Court of Appeal held at p. 277 that there was no reason to

L'arrêt *R. c. McIntyre* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266 (C.A.), conf. par [1994] 2 R.C.S. 480, a confirmé le rapport crucial entre la règle des confessions et la conduite objective de l'État. Dans cette affaire, l'accusé, qui avait été remis en liberté par la police, avait, cinq mois plus tard, fait des déclarations à des policiers en civil se faisant passer pour des criminels. Compte tenu de la préoccupation exprimée dans l'arrêt *Rothman* qu'il est parfois nécessaire pour les policiers de recourir à des

exclude the statement in the circumstances because:

... there was no reason to protect the appellant from the power of the State. He was free in his comings and goings and he was in no way being restricted by the police. There was no coercion in this case. The appellant could have left the police officers and had nothing further to do with them at any time. The statement should therefore be received in evidence. It would then be the responsibility of the jury to determine the weight to be given to the statement.

McLachlin J.'s examination of the confessions rule in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, also suggests this approach. In examining the nature of the choice protected by the confessions rule, she elaborated at p. 165 that the detained person only has a negative right:

... the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority. [Emphasis added.]

Clearly both objective and subjective elements are present in this definition. However, a consideration of subjective factors is relevant only in so far as they are linked to the police methods employed (*R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312 (Que. C.A.), at p. 322) because it is the "person in authority" factor which triggers concerns about voluntariness. See also *R. v. Frewin* (1855), 6 Cox C.C. 530; *R. v. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (Alta. S.C.A.D.); *Collins, supra*. Therefore, the test is not only whether the person is one whose promise or threat would influence the accused, but also, and above all, whether that person had control over the course of the prosecution.

This test for "person in authority" preserves the original sense of the confessions rule that voluntariness need only be established where statements are made to representatives or agents of the state because it does not resort to definitions of author-

stratagèmes, la Cour d'appel a conclu, à la p. 277, qu'il n'y avait dans les circonstances aucun motif d'exclure la déclaration, car:

[TRADUCTION] ... il n'y avait aucune raison de protéger l'appelant du pouvoir de l'État. Il était libre dans ses allées et venues et il n'était aucunement limité par la police. Il n'y avait pas de coercition en l'espèce. L'appelant aurait pu à tout moment laisser les policiers et ne plus avoir affaire avec eux. La déclaration devrait donc être admise en preuve. Ce sera alors la responsabilité du jury de déterminer le poids à accorder à cette déclaration.

L'examen de la règle qu'a fait le juge McLachlin dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, suggère également cette approche. Se penchant sur la nature du choix protégé par la règle des confessions, elle a expliqué, à la p. 165, que la personne détenue n'a qu'un droit négatif:

... le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l'effet de la menace ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité. [Je souligne.]

Manifestement, cette définition englobe à la fois des éléments objectifs et des éléments subjectifs. Toutefois, la prise en considération de facteurs subjectifs n'est pertinente que dans la mesure où ils sont reliés à la méthode policière employée (*Amyot c. La Reine*, [1991] R.J.Q. 954 (C.A. Qué.), à la p. 961), parce que c'est l'élément «personne en situation d'autorité» qui est à l'origine des préoccupations concernant le caractère volontaire de la déclaration. Voir également *R. c. Frewin* (1855), 6 Cox C.C. 530; *R. c. McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (C.S. Alb., Div. app.); *Collins*, précité. Par conséquent, le critère ne consiste pas uniquement à déterminer s'il s'agit d'une personne dont les promesses ou les menaces sont susceptibles d'avoir influencé l'accusé, mais aussi, par-dessus tout, si cette personne avait un contrôle sur le déroulement de la poursuite.

Ce critère de la «personne en situation d'autorité» préserve le sens original de la règle des confessions — c'est-à-dire le fait qu'il est nécessaire d'établir le caractère volontaire de la déclaration uniquement dans les cas où elle est faite à un

ity that are structured by factors of voluntariness. In this regard, I am persuaded by the cogent reasoning of Laycraft C.J. in *R. v. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325 (Alta. C.A.), as to the problems with premising the “person in authority” test on the subjective belief of the accused. He identifies, at pp. 329-30, the difficulty with a highly subjective test to be that it reverses the proper method of analysis.

... the [subjective] rule ... is that if the accused believes the maker of the threats or promises can make good on them, *that fact alone* transforms the maker into a person in authority regardless of his previous status. The usual method of analysis is thus reversed. One first uses voluntariness as the test to determine whether the maker of the threat or promise is a person in authority. If a threat or promise induced the statement, the analysis concludes at once because the maker thereby becomes a person in authority. Indeed, the rule as formulated might be stated in simpler terms without going through the formality (or the subterfuge) of finding the maker of the threat or promise to be a person in authority: If a statement is induced by a promise or a threat which the accused thinks the maker could make good, the statement is inadmissible. [Emphasis in original.]

In other words, if we begin the analysis by focusing on the effects of threats or inducements in relation to subjective beliefs, and allow this to define “persons in authority”, we effectively collapse the cart into the horse, as it is the provision and effect of inducements which come to define inappropriately who are “persons in authority”. Such an approach not only unduly expands the exceptional rule of evidence, but is also inconsistent with our recognition of the essential role played by the concept of “person in authority” in the confessions rule.

représentant ou un mandataire de l'État — parce qu'il ne fait pas appel à des définitions de l'autorité s'appuyant sur des facteurs liés au caractère volontaire de la déclaration. À cet égard, je souscris au raisonnement convaincant du juge en chef Laycraft de l'Alberta dans *R. c. Sweryda* (1987), 34 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Alb.), quant aux difficultés que soulève le fait de fonder le critère de la «personne en situation d'autorité» sur la croyance subjective de l'accusé. Selon le juge en chef Laycraft, aux pp. 329 et 330, le problème que crée l'application d'un critère hautement subjectif est que son application entraîne une inversion de la méthode d'analyse appropriée:

[TRADUCTION] ... la règle [subjective] [...] est que, si l'accusé croit que l'auteur des menaces ou des promesses est en mesure d'y donner suite, cette personne devient *de ce seul fait*, une personne en situation d'autorité, indépendamment de son statut antérieur. La méthode d'analyse habituelle est donc inversée. On tient d'abord compte du caractère volontaire pour déterminer si l'auteur des menaces ou des promesses est une personne en situation d'autorité. Si une menace ou une promesse a incité l'accusé à faire la déclaration, l'analyse prend fin, car l'auteur devient une personne en situation d'autorité. De fait, la règle peut être énoncée en termes plus simples, sans recourir à la formalité (ou au subterfuge) qui consiste à déterminer que l'auteur de la menace ou de la promesse est une personne en situation d'autorité: Est inadmissible la déclaration obtenue grâce à une promesse ou à une menace à laquelle, croit l'accusé, son auteur est en mesure de donner suite. [En italique dans l'original.]

En d'autres mots, débiter l'analyse en s'attachant aux effets des menaces ou promesses par rapport à la croyance subjective de l'accusé et en définissant en conséquence la «personne en situation d'autorité», équivaut à mettre la charrue avant les bœufs, car ce sont alors les incitations et leurs effets qui en viennent, à tort, à définir qui est une «personne en situation d'autorité». Non seulement cette démarche élargit-elle indûment cette règle de preuve à caractère exceptionnel, mais elle est également incompatible avec la reconnaissance par notre Cour du rôle essentiel que joue la notion de «personne en situation d'autorité» dans la règle des confessions.

In summary, the proper test for “person in authority” examines, first, the objective status of the person to whom the statement was made, and only where they are identified as someone formally engaged in the arrest, detention, interrogation or prosecution of the accused, is it then necessary to examine whether the accused believed that the person could influence or control the proceedings against him or her. While Cory J. adds a “reasonableness” element to the latter subjective element, I respectfully find this to be an inadequate objective requirement that continues to focus on the belief of the accused.

Furthermore, I think that my colleague’s remarks at para. 39 concerning my test play both ways and also apply to his proposed procedure. Indeed, according to his view, a trial judge may similarly see his findings relating to the reasonable belief of the accused “vitiating” if the receiver is found afterwards not to be a person in authority. The “vitiating” risk exists in both inquiries. Therefore, in my opinion Cory J.’s comments are not convincing and do not alter my conclusion that the assessment of the objective status of the receiver should be made prior to the examination of the accused’s belief.

IV. Categories of “Persons in Authority”

Who then might fall into the category of “persons in authority” under the confessions rule? As mentioned earlier, Cory J. on the basis of his test concludes at para. 49 that “[v]irtually any category of person — parents of the accused, parents of the complainant, teachers, psychiatrists, physicians — may, in light of the particular evidence adduced, be considered to be a person in authority”. In contrast, upon the threshold objective test outlined above, I find that the concept may not encompass persons beyond those formally engaged, including agents, in the arrest, detention, examination or prosecution

En résumé, le critère approprié en ce qui concerne la «personne en situation d’autorité» consiste d’abord à examiner la qualité objective de la personne à laquelle la déclaration a été faite, puis à déterminer — mais uniquement dans les cas où il est jugé que cette personne a officiellement participé à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé — si l’accusé croyait que cette personne avait quelque influence ou pouvoir sur les procédures engagées contre lui. Bien que le juge Cory ajoute que cette croyance subjective doit comporter un «caractère raisonnable», j’estime, avec égards, qu’il s’agit d’une condition objective inappropriée qui continue de mettre l’accent sur la croyance de l’accusé.

De plus, j’estime que les remarques formulées par mon collègue au par. 39 de ses motifs relativement au critère que je propose jouent dans les deux sens et s’appliquent également à la procédure qu’il suggère. De fait, suivant l’opinion qu’il avance, il pourrait également arriver que la validité des conclusions du juge du procès sur la croyance raisonnable de l’accusé soit «infirmée» si on constate ultérieurement que la personne qui a reçu la déclaration n’était pas une personne en situation d’autorité. Le risque d’«infirmité» existe dans les deux cas. Par conséquent, je suis d’avis que les commentaires du juge Cory ne sont pas convaincants et ils ne modifient pas ma conclusion que l’appréciation de la qualité objective de la personne qui a reçu la déclaration devrait être faite avant l’examen de la croyance de l’accusé.

IV. Les catégories de «personnes en situation d’autorité»

Qui donc peut faire partie de la catégorie des «personnes en situation d’autorité» pour l’application de la règle des confessions? Comme il a été dit précédemment, le juge Cory conclut, au par. 49, sur le fondement du critère qu’il propose, que «[p]ratiquement toute personne — parents de l’accusé, parents du plaignant, enseignants, psychiatres, médecins — peut, sous l’éclairage des éléments de preuve particuliers qui sont produits, être considérée comme une personne en situation d’autorité». À l’opposé, suivant le critère objectif préliminaire exposé précédemment, je conclus que

83

84

85

of the accused. Only in the rarest of cases will non-traditional persons in authority fall into this category, and it still must be objectively established on the facts that such persons had actual control in the proceedings.

86 In this regard, where early cases like *R. v. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341 (Que. K.B.), extended the status of “person in authority” to a complainant’s parents, this perspective must be confined to its historical realities. As Peter K. McWilliams observes, this case reflects the social condition of the time where there were no modern police forces and the complainants had to prosecute crimes for themselves (*Canadian Criminal Evidence*, vol. 2 (3rd ed. 1988 (loose-leaf)), at para. 15:10730). I agree that cases which, today, find the complainant to be a person in authority are inappropriate carry-overs from such days.

87 Indeed, such authority must be objectively proven on the facts. For example, in *Sweryda*, *supra*, the Alberta Court of Appeal reasonably found that a social worker was a “person in authority” on the basis that she was investigating a criminal act and had the statutory power to institute proceedings against the accused. The court correctly began with this objective fact concerning the authority vested in the social worker under the *Child Welfare Act*, before then examining the subjective perception of the accused.

88 Today, however, complainants, their parents or witnesses do not have the discretion to decide whether or not to proceed against an accused, and thus they typically cannot constitute persons in authority. And where they are, in fact, formally acting as agents of the state, the accused must have subjective knowledge of this relationship before

cette notion ne peut englober d’autres personnes que celles qui participent officiellement — y compris les mandataires — à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé. Ce n’est que dans de très rares cas qu’une personne qui n’est pas une personne en situation d’autorité au sens traditionnel du terme sera comprise dans cette catégorie, et même dans ce cas, il faudra établir de façon objective, à partir des faits, que cette personne avait un réel contrôle sur les procédures engagées contre l’accusé.

À cet égard, bien que, dans certaines affaires anciennes, p. ex., *R. c. Trenholme* (1920), 35 C.C.C. 341 (B.R. Qué.), on ait élargi aux parents du plaignant la qualité de «personnes en situation d’autorité», il faut les confiner aux réalités de l’époque. Comme le souligne Peter K. McWilliams, cette décision reflète les conditions sociales d’une époque où il n’existait aucun service de police moderne et où les plaignants devaient engager eux-mêmes les poursuites (*Canadian Criminal Evidence*, vol. 2 (3^e éd. 1988 (feuilles mobiles)), au par. 15:10730). Je conviens avec l’auteur que les décisions qui, de nos jours, tiennent le plaignant pour une personne en situation d’autorité se fondent, à tort, sur des jugements datant de cette époque révolue.

En réalité, la situation d’autorité doit être prouvée objectivement à partir des faits de l’espèce. Par exemple, dans l’affaire *Sweryda*, précitée, la Cour d’appel de l’Alberta a raisonnablement conclu qu’une travailleuse sociale était une «personne en situation d’autorité» parce qu’elle enquêtait relativement à un acte criminel et que la loi l’autorisait à engager des procédures contre l’accusé. La cour a correctement amorcé son analyse en examinant ce fait objectif — le pouvoir conféré à la travailleuse sociale par la *Child Welfare Act* — avant de se pencher sur la perception subjective de l’accusé.

Or, de nos jours, les plaignants, leurs parents et les témoins n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider si des poursuites seront intentées ou non contre l’accusé, de sorte qu’ils ne peuvent généralement être des personnes en situation d’autorité. Par ailleurs, lorsque, dans les faits, de telles personnes agissent officiellement en tant que manda-

they can be considered “persons in authority” under the confessions rule.

Thus, the case of *A.B.*, *supra*, properly held that an accused child’s subjective belief that his mother was a person in authority did not render her to be one. In this instance, Cory J.A., as he then was, found at p. 28 that there was no “realistic and close connection” between the mother’s decision to call the authorities and the offered inducement to make a statement. While I agree with this conclusion, I find the “close connection” test not only too weak an objective requirement of state involvement, but also a vague and confusing criterion, fraught with uncertainty in the law and difficult to apply.

In *R. v. Kyle* (1991), 68 C.C.C. (3d) 286, on the basis of *A.B.*’s close connection test, the Ontario Court of Appeal held that a 15-year-old complainant who had tape-recorded a confession of the considerably older accused was a person in authority because he had the intention to go to the police armed with this statement and made threats on this basis. In my view, this case demonstrates the shortcoming not only of the “close connection” test, but also of an approach to the definition of “person in authority” which requires no more than the power to influence proceedings against the accused. The reality is that every complainant typically has the power to “influence” proceedings in so far as they may only ever commence upon his or her complaint. Such powers of influence similarly reside with all witnesses and various judicial actors, including undercover agents, jailhouse informants and state doctors. All can be said to have a “realistic and close connection” to the prosecuting state.

taires de l’État, l’accusé doit subjectivement connaître l’existence de ce lien pour qu’elles puissent être considérées comme des «personnes en situation d’autorité» pour l’application de la règle des confessions.

Ainsi, dans l’arrêt *A.B.*, précité, il a, à juste titre, été jugé que la croyance subjective d’un enfant accusé que sa mère était une personne en situation d’autorité ne faisait pas de cette dernière une telle personne. Dans cette affaire, le juge Cory (alors juge à la Cour d’appel de l’Ontario) a conclu à la p. 28 qu’il n’y avait aucun [TRADUCTION] «lien réaliste et étroit» entre la décision de la mère d’appeler les autorités et l’encouragement donné à l’enfant pour qu’il fasse une déclaration. Même si je suis d’accord avec cette conclusion, j’estime que le critère du «lien étroit» constitue non seulement une condition objective trop peu exigeante en ce qui concerne la participation de l’État, mais également un critère vague et confus, chargé d’incertitude en droit et difficile à appliquer.

Dans *R. c. Kyle* (1991), 68 C.C.C. (3d) 286, s’appuyant sur le critère du lien étroit énoncé dans l’arrêt *A.B.*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le plaignant âgé de 15 ans, qui avait enregistré sur bande magnétique l’aveu d’un accusé beaucoup plus âgé que lui, était une personne en situation d’autorité, puisqu’il avait eu l’intention de se rendre au poste de police muni de cette déclaration et qu’il avait proféré des menaces en ce sens. Selon moi, cette décision démontre les lacunes non seulement du critère du «lien étroit», mais également d’une interprétation de la définition de «personne en situation d’autorité» qui n’exige pas autre chose que le pouvoir d’influencer les procédures contre l’accusé. La réalité est que tout plaignant a généralement le pouvoir d’«influencer» les procédures, dans la mesure où celles-ci ne pourront être engagées que si celui-ci dépose une plainte. Ce pouvoir d’influencer les procédures appartient également à tous les témoins et aux différents intervenants du processus judiciaire, y compris les agents doubles, les informateurs dans les établissements de détention et les médecins de l’État. On peut affirmer que toutes ces personnes ont un «lien réaliste et étroit» avec l’État poursuivant.

89

90

91 Indeed in *McKenzie, supra*, at p. 28, it was acknowledged that witnesses, complainants and doctors always have the power to influence the course of the prosecution by withholding or colouring evidence, even to the extent of affecting the verdict. However, this did not make them “persons in authority”. See also *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, where the Court determined that the confessions rule did not apply to statements made to psychiatrists examining the convicted offender under *Criminal Code* provisions. The crucial point is that not only do such persons not have control over proceedings, but also the police themselves have no control over the conduct of either the accused or complainant. Therefore, the exclusion of privately induced statements at that stage would not serve any principle of deterrence or fair treatment at the hands of the state. Essentially, state involvement must be explicit. It is not enough to allege that a person might “influence” proceedings.

De fait, dans l'arrêt *McKenzie*, précité, à la p. 28, il a été reconnu que les témoins, les plaignants et les médecins ont toujours le pouvoir d'influencer le cours des poursuites en dissimulant ou en dénaturant des éléments de preuve, au point même d'influencer le verdict. Cela n'en fait toutefois pas des «personnes en situation d'autorité». Voir également *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, où notre Cour a conclu que la règle des confessions ne s'appliquait pas aux déclarations faites aux psychiatres qui examinent un contrevenant en vertu des dispositions du *Code criminel*. Le point crucial est que non seulement ces personnes n'ont aucun pouvoir sur les procédures, mais les policiers eux-mêmes n'ont aucun pouvoir sur la conduite de l'accusé ou du plaignant. En conséquence, l'exclusion, à cette étape, de déclarations obtenues par de simples citoyens ne favoriserait aucun objectif de dissuasion ou de traitement équitable de l'accusé par l'État. Essentiellement, la participation de l'État doit être explicite. Il ne suffit pas d'alléguer qu'une personne pourrait «influencer» les procédures.

92 The basic power to influence proceedings cannot be enough to satisfy the objective threshold of state involvement, and there is no need to examine the accused's subjective beliefs in such a scenario. Regardless of a person's prospective intention to contact the authorities, as in *Kyle*, the accused's reasonable apprehension of the complainant's power over him, and the evident involuntariness of his statements, it would not serve the interests of the confessions rule to exclude such statements. The defence has ample opportunity to impugn their reliability in the course of the trial, and the statements should be admitted, like any other evidence, subject to the scrutiny and weight attached to them by the triers of fact.

Le seul pouvoir d'influencer les procédures n'est pas suffisant en soi pour satisfaire au critère objectif préalable de la participation de l'État, et il n'est pas nécessaire d'examiner la croyance subjective de l'accusé dans un tel scénario. Indépendamment de l'intention de la personne de communiquer ultérieurement avec les autorités, comme dans l'affaire *Kyle*, de la crainte raisonnable de l'accusé en ce qui concerne le pouvoir du plaignant à son endroit et du caractère apparemment involontaire de ses déclarations, l'exclusion des déclarations ne servirait pas les fins de la règle des confessions. La défense a amplement l'occasion de contester la fiabilité des déclarations pendant le procès, et elles devraient donc être admises, sous réserve, comme pour tout autre élément de preuve, de leur examen et de leur appréciation par le juge des faits.

93 As this discussion shows, I cannot agree with the “close connection” test set out in *A.B., supra*. Such a test has the potential, I fear, to reappear in the test for “person in authority” adopted by my colleague in this case, which invokes the same

Compte tenu de ce qui précède, je ne peux souscrire au critère du «lien étroit» énoncé dans l'arrêt *A.B.*, précité. Ce critère pourrait, je le crains, resurgir dans le cadre du critère relatif à la «personne en situation d'autorité» adopté par mon collègue

“power of influence” standard and rests on an ambiguous assessment of what might make a subjective belief “reasonable”. In practice, the two tests have the likely potential to amount to the same uncertain standard, which I find to be an unacceptable proposition. And indeed, as examined below, this precise test surfaces in my colleague’s approach to when the trial judge has a duty to conduct a *voir dire*. If it is coercive state action which the confessions rule aims to deter, how is this principle served by excluding evidence acquired by the questionable conduct of private parties? In my view, it is not.

This objective threshold test for “persons in authority” reflects the practical reality of the law as it has long been applied in Canada and conforms to the modern rationales of the confessions rule. Significantly, it is clear and straightforward to apply. Without some state presence, there is no legitimate purpose served in excluding evidence. In fact, the trier of fact’s important task of ascertaining the truth is impeded and this imposes a substantial cost on the societal interest in law enforcement. The public interest of placing probative evidence before juries for the purpose of arriving at truthful decisions concerning guilt or innocence should not be wholly misplaced by the confessions rule. The discussion in *R. v. Unger* (1993), 83 C.C.C. (3d) 228 (Man. C.A.), at p. 247, which quotes the majority in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, is apt on this basic point made in *Corbett*, at p. 697:

... basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy which would permit into evidence everything logically probative of some fact in issue, subject to the recognized rules of exclusion and exceptions thereto. Thereafter the question is one of weight. The evidence may carry much weight, little weight, or no weight at all. If error is to be made it should be on the side of inclusion rather than exclusion and our efforts in my opinion, consistent with the ever-increasing openness of our society, should be toward admissi-

en l’espèce, qui fait appel à la même norme fondée sur le «pouvoir d’influencer» et repose sur une appréciation ambiguë de ce qui pourrait rendre «raisonnable» une croyance subjective. En pratique, les deux critères risquent d’aboutir à la même norme incertaine, hypothèse que je juge inacceptable. Et, de fait, comme nous le verrons ci-après, ce critère particulier émerge de l’approche préconisée par mon collègue en ce qui a trait aux circonstances dans lesquelles le juge du procès a l’obligation de tenir un *voir-dire*. Si ce sont les actes de coercition de l’État que la règle des confessions vise à décourager, est-ce que l’exclusion d’éléments de preuve obtenus par suite de comportements discutables de simples citoyens sert cet objectif? À mon avis, il ne le sert pas.

Le critère objectif préalable de la «personne en situation d’autorité» traduit la réalité pratique du droit tel qu’il est appliqué depuis longtemps au Canada, et il est conforme aux fondements modernes de la règle des confessions. En outre, fait important, il est clair et simple à appliquer. En l’absence de toute présence étatique, l’exclusion d’éléments de preuve ne sert aucune fin légitime. En fait, cette exclusion entrave la tâche importante du juge des faits qui est de découvrir la vérité, et elle dessert considérablement l’intérêt qu’a la société à ce que la loi soit appliquée. L’intérêt qu’a le public à ce que les éléments de preuve probants soient présentés aux jurés pour qu’ils rendent des décisions justes sur la culpabilité ou l’innocence ne devrait pas être complètement tronqué par la règle de confessions. La discussion qu’on retrouve dans l’arrêt *R. c. Unger* (1993), 83 C.C.C. (3d) 228 (C.A. Man.), à la p. 247, où l’on cite les juges de la majorité dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, est appropriée sur ce point fondamental énoncé dans *Corbett*, à la p. 697:

... les règles fondamentales du droit de la preuve comportent un principe d’inclusion en vertu duquel il est permis de produire en preuve tout ce qui sert logiquement à prouver un fait en litige, sous réserve des règles d’exclusion reconnues et des exceptions à celles-ci. Pour le reste, c’est une question de valeur probante. La valeur probante d’un élément de preuve peut être forte, faible ou nulle. En cas de doute, il vaut mieux pécher par inclusion que par exclusion et, à mon avis, conformément à la transparence de plus en plus grande de notre

bility unless a very clear ground of policy or law dictates exclusion. [Emphasis added.]

société, nous devrions nous efforcer de favoriser l'admissibilité, à moins qu'il n'existe une raison très claire de politique générale ou de droit qui commande l'exclusion. [Je souligne.]

95

In conclusion, the proper “person in authority” test explicitly includes both an objective and subjective element. First, the objective status of the person to whom the statement was made must be established, and only where they are identified as someone formally engaged in the arrest, detention, interrogation or prosecution of the accused, is it necessary to then examine the subjective belief of the accused in this regard. This approach furthers the modern principles underlying the confessions rule, and does not erect additional unwarranted barriers to the admission of relevant evidence. It recognizes that a subjective approach to the test for “persons in authority” was primarily adopted to address the circumstance of undercover state agents. However, it remains a necessary prerequisite to find that the statement was made to an actual person in authority or an “instrumentality” of the state.

En conclusion, le critère approprié en ce qui concerne la notion de «personne en situation d'autorité» comporte très clairement à la fois un élément objectif et un élément subjectif. Premièrement, la qualité objective de la personne à qui la déclaration est faite doit être établie, et c'est seulement dans le cas où il s'agit d'une personne participant officiellement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé qu'il est nécessaire ensuite d'examiner la croyance subjective de ce dernier à cet égard. Cette approche est compatible avec les principes modernes qui sous-tendent la règle des confessions, et elle n'érige pas d'obstacles additionnels injustifiés à l'admission d'éléments de preuve pertinents. Elle reconnaît que l'approche subjective appliquée à l'égard du critère de la «personne en situation d'autorité» a été adoptée principalement pour tenir compte du cas des agents doubles de l'État. Toutefois, le critère préalable nécessaire demeure la conclusion que la déclaration a été faite à une personne qui était véritablement une personne en situation d'autorité ou un «instrument» de l'État.

V. The Trial Judge's Obligation to Direct a *Voir Dire*

V. L'obligation du juge du procès d'ordonner la tenue d'un voir-dire

96

Having set out this clear position of what constitutes the proper test for “persons in authority” under the confessions rule, I turn now to the question of when a trial judge has an obligation to hold a *voir dire* and determine whether a statement was made to a “person in authority”, and if so, was voluntary. This obligation should be precisely defined in order to promote certainty and help facilitate the judge's difficult task of judicially conducting a trial.

Après cet exposé de ma position ferme de ce qui constitue la «personne en situation d'autorité» au regard de la règle des confessions, je vais examiner les circonstances dans lesquelles le juge du procès a l'obligation de tenir un voir-dire pour déterminer si la déclaration a été faite à une «personne en situation d'autorité» et, dans l'affirmative, si cette déclaration est volontaire. Cette obligation doit être définie avec précision afin de favoriser la certitude et d'aider les juges dans la tâche difficile qui leur incombe, c'est-à-dire présider le procès de façon judiciaire.

97

As a general rule, the defence has the onus of requesting a *voir dire* raising the issue that the accused's statement was made to a “person in authority” and thus putting the statement's admis-

En règle générale, la défense a l'obligation de requérir la tenue d'un voir-dire, en faisant valoir que la déclaration de l'accusé a été faite à une «personne en situation d'autorité» et en mettant

sibility into question. In the *voir dire* itself, as elaborated by my colleague in para. 37, the accused has an evidential burden of ensuring there is enough evidence on the record to make the issue of whether the statement was made to a “person in authority” a live one such that voluntariness must be established.

The imposition of this basic burden on the accused is reasonable because it encourages parties to raise the issue of admissibility of evidence at trial, and saves counsel from seeking a *voir dire* or waiver concerning every statement made by the accused to anyone, in order to avoid the possibility of a successful appeal on that basis. More importantly, the determination of who is a “person in authority” derives from a close analysis of the facts, to which the subjective belief of the accused is relevant. As such, the imposition of this onus on the defence follows from the nature of the inquiry.

In addition, this onus is consistent with the basic role of defence counsel in our adversarial system, whose competence in making tactical decisions and responsibly representing their client’s best interests we have recognized (*R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.)). In this regard, a failure to object to the admission of evidence may be based on a conscious decision of what best serves the interests of the defence. The basic duty to request a *voir dire* is consistent with this reality, and reflects the importance of some judicial deference to the competence of defence counsel and the avoidance of any undue interference with their trial strategy.

Notwithstanding this responsibility borne by the accused, a trial judge still has the basic duty of ensuring the fair conduct of a criminal trial apart from lapses of counsel. Thus, in exceptional cases, she or he may have the duty to conduct a *voir dire* into the voluntariness of a confession even if there is no request from counsel. As Martin J.A. held in

ainsi en question l’admissibilité de cette déclaration. En effet, comme l’explique mon collègue au par. 37, dans le cadre du voir-dire lui-même, l’accusé a le fardeau de présenter suffisamment d’éléments de preuve pour soulever la question de savoir si la déclaration a été faite ou non à une «personne en situation d’autorité», de telle sorte que le caractère volontaire de cette déclaration doive être établi.

Il est raisonnable d’imposer ce fardeau élémentaire à l’accusé, parce qu’il incite les parties à soulever la question de l’admissibilité de cette preuve au procès et évite ainsi aux procureurs d’avoir à requérir un voir-dire, ou une renonciation, à l’égard de chaque déclaration faite à quiconque par l’accusé, afin d’écarter la possibilité d’un appel qui réussirait sur cette base. Plus important encore, la réponse à la question de savoir qui est une «personne en situation d’autorité» ressort d’une analyse minutieuse des faits, dont un des éléments pertinents est la croyance subjective de l’accusé. En conséquence, l’attribution de ce fardeau à la défense découle de la nature même de l’analyse.

En outre, dans notre système contradictoire, ce fardeau est compatible avec le rôle fondamental de l’avocat de la défense, dont le pouvoir de prendre des décisions tactiques et de représenter consciencieusement les intérêts de son client a été reconnu par les tribunaux (*R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.)). Dans cette veine, il est possible que l’omission d’un procureur de s’opposer à l’admission d’une preuve résulte d’un choix délibéré compte tenu du meilleur intérêt du client. L’obligation élémentaire de requérir un voir-dire est conforme à cette réalité et témoigne de l’importance pour les tribunaux de faire montre d’une certaine retenue judiciaire envers la compétence de l’avocat de la défense et d’éviter d’intervenir indûment dans sa stratégie.

Malgré cette responsabilité qui incombe à l’accusé, le juge du procès conserve néanmoins l’obligation de veiller à ce que le procès pénal se déroule équitablement, indépendamment des manquements des procureurs. Ainsi, dans des cas exceptionnels, il peut arriver que le juge du procès ait l’obligation de tenir un voir-dire pour apprécier

98

99

100

R. v. Swezey (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.), a *voir dire* should be held either where it is requested, or absent such a request, where there are circumstances that cast doubt on the statement's voluntariness. In *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, a plurality of this Court clarified that the very making of a statement to a person in authority is sufficient to cast doubt on the statement's voluntariness. In other words, there is no need for evidence of actual involuntariness. In this regard, the trial judge's duty to conduct a *voir dire*, absent the accused's waiver of this right, can arise on the facts before him or her.

le caractère volontaire d'une confession, même si le procureur ne formule aucune demande en ce sens. Comme a conclu le juge Martin dans *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (C.A. Ont.), un voir-dire doit être tenu soit lorsqu'on en fait la demande, soit lorsque des circonstances font douter du caractère volontaire d'une déclaration. Dans l'arrêt *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, une pluralité de juges de notre Cour a précisé que le fait même qu'une déclaration ait été faite à une personne en situation d'autorité suffit à soulever un doute sur son caractère volontaire. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que la déclaration était effectivement involontaire. C'est en ce sens que, en l'absence d'une renonciation de l'accusé au droit à un voir-dire, l'obligation du juge du procès de tenir cette procédure peut naître des faits dont il dispose.

101 The critical issue upon which my colleague and I disagree is what circumstances trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire* — where does the evidence reveal the realistic possibility that a statement has been made to a person in authority. This issue centres on the "person in authority" test, as it is the factor which triggers the application of the confessions rule. Logically, therefore, the circumstances under which the duty to hold a *voir dire* will arise should consistently mirror its definition.

La question cruciale, au sujet de laquelle mon collègue et moi sommes en désaccord, a trait aux circonstances qui font naître l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire — à quel moment la preuve révèle-t-elle l'existence d'une possibilité réelle que la déclaration ait été faite à une personne en situation d'autorité? La réponse à cette question dépend du critère de la «personne en situation d'autorité», puisque c'est ce facteur qui déclenche l'application de la règle des confessions. Logiquement, donc, les circonstances qui font naître l'obligation de tenir un voir-dire devraient refléter fidèlement la définition de cette notion.

102 As a basic proposition, the duty to hold a *voir dire* is triggered where the evidence shows the reasonable possibility that the accused's statement was made to a person in authority. Mirroring the test for "person in authority" which I have adopted above, if the evidence reveals the reasonable possibility that first, the admission was made to someone formally engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused, and second, the accused might objectively have known of this authority, then a *voir dire* must be conducted. At this stage, there is an air of reality to the claim that the confession was made to a person in

Comme proposition de base, l'obligation de tenir un voir-dire naît lorsque la preuve indique une possibilité raisonnable que la déclaration de l'accusé ait été faite à une personne en situation d'autorité. Suivant le critère que j'ai adopté précédemment relativement à cette notion, si la preuve révèle l'existence d'une possibilité raisonnable, premièrement, que l'aveu ait été fait à une personne participant officiellement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé, et, deuxièmement, que l'accusé ait objectivement connu cette situation d'autorité, un voir-dire doit alors être tenu. À ce moment, la prétention que l'aveu a été fait à une personne en situation d'autorité est vraisemblable, le caractère

authority, voluntariness becomes a live issue and the trial judge has a duty to hold a *voir dire*.

Despite adopting a highly subjective approach to the person in authority requirement, my colleague articulates a purely objective test for when the trial judge's obligation to conduct an inquiry is triggered. In his view, the evidentiary threshold is met where the evidence demonstrates "that the receiver of the statement made by the accused was closely connected to the authorities" (para. 45, emphasis added). There is no need for any evidence as to the subjective belief of the accused.

My concerns with this approach are two-fold. First, the vagueness of the "close connection" test generates unwarranted uncertainty. As examined above, it does not adequately serve the principle of state deterrence which justifies the confessions rule, and is difficult to apply. As such, it fails to provide a bright line defining the trial judge's responsibility to raise the issue of the confession's admissibility. As virtually anyone has the potential to be closely connected with the authorities, judges will be inclined to canvass the issue in a *voir dire* whenever an out-of-court statement by the accused is tendered. To enforce such a practice is unacceptable because it contradicts basic rules of evidence, might unduly interfere with defence counsel tactics and is contrary to the proper administration of justice.

These concerns are in fact realized in the companion case of *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517, where my colleague finds that two visits to the RCMP constituted a "close connection" sufficient to give rise to the trial judge's duty to hold a *voir dire*. On this approach, any connection with the authorities becomes enough to constitute a "close connection". In my respectful view, this conclusion is incompatible with my colleague's assertion, at para. 47, that the evidence must clearly show the person to be "acting in concert with the police or prosecutorial authorities" and demonstrates the unacceptable ambiguity of the "close connection"

volontaire de la déclaration devient une question en litige et le juge du procès a l'obligation de tenir un voir-dire.

Même s'il applique une approche hautement subjective à l'exigence relative à la personne en situation d'autorité, mon collègue énonce un critère purement objectif pour déterminer dans quelles circonstances naît l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire. À son avis, le fardeau est satisfait lorsque la preuve démontre «que la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé avait un lien étroit avec les autorités» (par. 45, je souligne). Aucune preuve n'est nécessaire à l'égard de la croyance subjective de l'accusé.

Mes préoccupations à l'égard de cette approche sont de deux ordres. Premièrement, parce qu'il est vague, le critère du «lien étroit» crée une incertitude injustifiée. Comme nous l'avons vu plus tôt, il ne favorise pas adéquatement l'objectif de dissuasion qui justifie la règle des confessions, et il est difficile à appliquer. Par conséquent, il ne délimite pas clairement la responsabilité du juge du procès de soulever la question de l'admissibilité de la confession. Étant donné que pratiquement toute personne peut avoir des liens étroits avec les autorités, les juges seront enclins à examiner cette question au cours d'un voir-dire chaque fois qu'une déclaration extrajudiciaire de l'accusé sera présentée en preuve. Imposer une telle pratique est inacceptable, car elle va à l'encontre des règles fondamentales de preuve, elle pourrait gêner indûment les tactiques de l'avocat de la défense et elle est contraire à une saine administration de la justice.

Ces préoccupations se sont en fait matérialisées dans le pourvoi connexe *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517, dans lequel mon collègue conclut que deux visites au détachement de la GRC ont constitué un «lien étroit» suffisant pour faire naître l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire. Suivant cette approche, l'existence de tout lien avec les autorités suffit à créer un «lien étroit». Avec égards, cette conclusion est incompatible avec l'affirmation de mon collègue, au par. 47, selon laquelle la preuve doit établir clairement que la personne «agissait de concert avec les autorités policières ou celles chargées des poursuites», et

103

104

105

test. On this approach, the exceptional duty to conduct a *voir dire* without requests by counsel has the potential to arise in a number of unwarranted situations.

106

My second concern with the objective “close connection” test of my colleague is that it fails to include any recognition of the subjective element in the “person in authority” definition. The subjective knowledge of the accused is assumed in every case. This assumption strikes me as unreasonable and unprincipled. In the situation of undercover agents, where the status of the person is hidden from the accused, there is no reasonable basis for such an inference. In other words, there is no air of reality to the claim that the statement was made to a “person in authority” or was involuntary. Along these lines, in *R. v. Pettipiece* (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C.C.A.), Branca J.A. properly held that a *voir dire* was not necessary for statements made to an undercover agent in jail, as he was not a person in authority. Indeed, to oblige a trial judge to hold a *voir dire* automatically absent any evidence that the accused might have known of the person’s authority serves neither the rationale justifying the exclusionary rule nor the pursuit of truth and is ultimately not in the interest of the administration of justice.

107

The need for some evidence that the accused might have believed he was speaking with a person in authority is not onerous, and would not render the trial judge’s obligation meaningless as alleged by my colleague (para. 42). Instead it consistently reflects the basic definition of “person in authority”, and reinforces the general onus on the defence to raise the issue of voluntariness. This approach is preferable to the “close connection” test which categorically calls for a *voir dire* even if

elle montre l’ambiguïté inacceptable inhérente au critère du «lien étroit». En outre, selon cette approche, l’obligation exceptionnelle de tenir un *voir-dire*, sans qu’il y ait eu une requête en ce sens par un procureur, pourrait naître dans un certain nombre de situations qui ne le justifieraient nullement.

Ma seconde préoccupation à l’égard du critère objectif du «lien étroit» préconisé par mon collègue est que ce critère ne tient pas compte de l’élément subjectif de la définition de «personne en situation d’autorité». On présume la connaissance subjective de l’accusé dans tous les cas. Cette présomption me paraît déraisonnable et sans fondement. Dans les affaires d’agents doubles, où la qualité de la personne n’est pas connue de l’accusé, il n’y a aucun fondement raisonnable justifiant une telle inférence. En d’autres mots, la prétention selon laquelle la déclaration a été faite à une «personne en situation d’autorité» ou a été involontaire n’a aucune vraisemblance. Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *R. c. Pettipiece* (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (C.A.C.-B.), le juge Branca a conclu à juste titre qu’il n’était pas nécessaire de tenir un *voir-dire* à l’égard des déclarations faites à un agent double en prison, étant donné qu’il n’était pas une personne en situation d’autorité. De fait, contraindre le juge du procès à tenir automatiquement un *voir-dire* malgré l’absence de toute preuve que l’accusé ait pu connaître la situation d’autorité de la personne qui a entendu la déclaration ne favorise ni les principes qui sous-tendent la règle d’exclusion ni la recherche de la vérité, et, en fin de compte, n’est pas dans l’intérêt de l’administration de la justice.

Le fait d’exiger certains éléments de preuve indiquant que l’accusé ait pu croire qu’il s’adressait à une personne en situation d’autorité n’est pas excessif et n’enlèverait pas tout son sens à l’obligation du juge du procès, contrairement à ce que prétend mon collègue (par. 42). Au contraire, cette exigence respecte parfaitement la définition fondamentale de «personne en situation d’autorité» et étaye l’obligation générale qu’a la défense de soulever la question du caractère volontaire. Cette approche est préférable au critère du «lien étroit», qui commande systématiquement la tenue d’un

there is no possibility that the accused could have been influenced by any authority.

I conclude, therefore, that the trial judge's duty to hold a *voir dire* arises where the evidence reveals the realistic potential that the admission was made to a representative of the state and the accused might objectively have known of this authority.

Before canvassing the different circumstances in which this duty will arise, it is worth emphasizing that only evidence available on the record prior to the admission of the accused's statement is relevant to the determination of what the trial judge's duty was. Evidence introduced after its admission does not bear upon this duty. My colleague implies this requirement in his statement, at para. 41, that "the trial judge will only have committed reversible error if clear evidence existed in the record which objectively should have alerted him or her to the need for a *voir dire* notwithstanding counsel's silence". Obviously, a trial judge cannot anticipate forthcoming evidence and what duty it might impose on him or her, and a basic evidentiary burden on the accused in this regard is justifiable.

In practical terms then, when might the trial judge's duty arise? In the most straightforward situation, where a statement is made to an obvious representative of the state, and nothing indicates the accused would be unaware of this fact, the evidential burden is met. The voluntariness of the statement is a live issue, and the trial judge must hold a *voir dire* to establish the statement's admissibility, regardless of whether or not it is requested by counsel. Essentially, where the accused has made a statement to a police officer, or to other obvious "persons in authority", it is reasonable to infer the accused's knowledge of this authority, and the trial judge is obliged to hold a *voir dire* unless this right is waived by the accused (see *Powell v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 362; *Erven*,

voir-dire, même lorsqu'il est impossible que l'accusé ait pu être influencé par quelque autorité.

J'arrive donc à la conclusion que le juge du procès a l'obligation de tenir un *voir-dire* lorsque la preuve révèle l'existence d'une possibilité réelle que l'aveu ait été fait à un représentant de l'État et que l'accusé ait pu objectivement savoir que la personne était en situation d'autorité.

Avant d'examiner les différentes circonstances qui font naître cette obligation, il importe de souligner que seule la preuve au dossier avant l'admission de la déclaration de l'accusé est pertinente pour déterminer quelle est l'obligation du juge du procès. Les éléments présentés par la suite n'ont pas d'incidence sur cette obligation. Mon collègue souscrit implicitement à cette exigence lorsqu'il affirme, au par. 41, que «le juge du procès a commis une erreur susceptible d'annulation s'il existait au dossier des éléments de preuve évidents qui auraient dû objectivement attirer son attention sur la nécessité de tenir un *voir-dire*, malgré le silence de l'avocat». Il est évident que le juge du procès ne peut prévoir quels éléments de preuve seront produits ni quelle obligation ceux-ci pourraient lui imposer, et le fait d'assujettir l'accusé à un fardeau de preuve élémentaire à cet égard est justifiable.

Par conséquent, en pratique, dans quelles circonstances l'obligation du juge du procès est-elle susceptible de naître? Dans le cas le plus simple, soit celui où la déclaration est faite à une personne qui est de toute évidence un représentant de l'État et où rien n'indique que l'accusé ignorait ce fait, le fardeau est alors satisfait. La question du caractère volontaire de la déclaration est soulevée et le juge du procès doit tenir un *voir-dire* pour statuer sur l'admissibilité de la déclaration, peu importe que le procureur ait présenté ou non une requête en ce sens. Essentially, lorsque l'accusé a fait une déclaration à un policier ou à quelque autre personne qui est de toute évidence une «personne en situation d'autorité», il est raisonnable d'inférer que l'accusé savait que la personne détenait cette autorité, de sorte que le juge du procès a l'obligation de tenir un *voir-dire*, à moins que l'accusé ne renonce à ce droit (voir *Powell c. La Reine*, [1977]

108

109

110

supra, and *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64).

111

The more complicated situation involves non-obvious persons in authority, for the evidential burden on the accused to make the admissibility of the statement a live issue is not automatically met in such cases. Not only can we not automatically assume the accused's knowledge of any authority, but also there must be a realistic potential that this person is acting as an agent of the state. In the court below (*R. v. M.C.H.* (1996), 91 O.A.C. 298), Finlayson J.A. addressed this situation as follows (at p. 302):

When a statement is made to a person or persons not ordinarily engaged in the arrest, detention, examination, or prosecution of accused persons, it appears to me that the defence has a responsibility to raise the issue at trial and ask for a *voir dire* to determine if the person to whom the confession was made was in fact a person in authority. The defence bears this responsibility because the subjective reaction of the accused to his or her interrogator is essential to the ultimate determination of voluntariness. Absent the presence of a conventional authority figure at the time when an inculpatory statement is made, the trial judge must be placed on notice that the voluntariness of the statement is a live issue.

I agree with Finlayson J.A. that as a general rule the accused has the duty to request a *voir dire* in the case of non-obvious persons in authority. Where requested, the trial judge has an obligation to grant the accused the opportunity to establish that the statement was made to a person in authority.

112

In the rarest of circumstances, however, even without any request by counsel, there may be enough evidence on the record prior to the statement's admission which should have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*. As outlined above, there must be the realistic potential that the

1 R.C.S. 362; *Erven*, précité, et *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64).

La situation est plus compliquée lorsqu'on est en présence de personnes qui ne sont pas de toute évidence des personnes en situation d'autorité, parce que, dans un tel cas, le fardeau de preuve qui incombe à l'accusé de soulever l'admissibilité de la déclaration n'est pas automatiquement satisfait. Non seulement est-il impossible de supposer que l'accusé savait que la personne avait quelque autorité, mais il doit également exister une possibilité réelle que celle-ci agissait en tant que mandataire de l'État. En Cour d'appel (*R. c. M.C.H.* (1996), 91 O.A.C. 298), le juge Finlayson a examiné cette question sous l'angle suivant (à la p. 302):

[TRADUCTION] Lorsqu'une déclaration est faite à une ou à plusieurs personnes qui ne participent habituellement pas à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de personnes accusées, il me semble que la défense a la responsabilité de soulever la question pendant le procès et de demander la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer si la personne qui a entendu la confession était en fait une personne en situation d'autorité. Cette responsabilité incombe à la défense parce que la réaction subjective de l'accusé à son interrogateur est essentielle pour statuer en bout de ligne sur le caractère volontaire de la déclaration. En l'absence d'une personne en situation d'autorité au sens classique de cette expression au moment où la déclaration incriminante a été faite, le juge du procès doit être avisé que le caractère volontaire de la déclaration est une question en litige.

Je suis d'accord avec le juge Finlayson que, règle générale, l'accusé a l'obligation de requérir la tenue d'un *voir-dire* relativement à une déclaration faite à une personne qui n'est pas de toute évidence une personne en situation d'autorité. Le juge du procès qui est saisi d'une telle demande est tenu de donner à l'accusé la possibilité d'établir que la déclaration a été faite à une personne en situation d'autorité.

Dans de très rares cas, cependant, même en l'absence de requête en ce sens de la part du procureur, il est possible que, avant l'admission de la déclaration, le dossier renferme suffisamment d'éléments de preuve pour attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire*. Comme je l'ai

person was formally acting for the state and the accused could have known of this relationship. Otherwise, it would serve no legitimate purpose to interrupt the trial to conduct a *voir dire*.

In summary, the trial judge has a duty to hold a *voir dire* where there is a reasonable possibility that the statement was made to a person in authority. This will automatically arise in cases of obvious persons in authority, subject to informed waiver by the accused. In the case of non-obvious persons in authority, however, the evidence must reveal both the reasonable possibility that the person was an agent of the state and the accused could have known of this status. As a general rule, the accused bears the onus of requesting this trial within a trial. However, in exceptional circumstances, the evidence itself will require the trial judge to conduct a *voir dire proprio motu*.

VI. Application to the Facts

In the facts of this appeal, like my colleague, I have no trouble concluding that there was no realistic possibility that the complainant and her immediate family constituted persons in authority for purposes of the confessions rule, and therefore the trial judge had no duty to hold a *voir dire*. There was absolutely no evidence available to the trial judge prior to the admission of the statements that these persons were acting as agents of the state and had control over any prospective proceedings against the accused. Indeed, it is clear that they were not persons in authority with any control over the arrest, detention, examination or prosecution of the accused.

Therefore, I agree with my colleague that the evidence failed to trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire* and the appeal should be dismissed. The evidence was properly admitted to

indiqué précédemment, il doit y avoir une possibilité réelle que la personne agissait officiellement pour le compte de l'État et que l'accusé connaissait l'existence de ce lien. Autrement, l'interruption du procès pour tenir un *voir-dire* ne sert aucune fin légitime.

En résumé, le juge du procès a l'obligation de tenir un *voir-dire* lorsqu'il existe une possibilité raisonnable que la déclaration ait été faite à une personne en situation d'autorité. Cette obligation naît automatiquement en cas de déclaration à une personne qui est de toute évidence une personne en situation d'autorité, sauf renonciation éclairée de l'accusé à ce droit. Toutefois, dans le cas des personnes qui ne sont pas de toute évidence des personnes en situation d'autorité, la preuve doit révéler l'existence d'une possibilité raisonnable que la personne ait été un mandataire de l'État et que l'accusé connaissait ce fait. En règle générale, il incombe à l'accusé de demander la tenue de ce procès à l'intérieur du procès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, la preuve elle-même obligera le juge du procès à tenir *proprio motu* un *voir-dire*.

VI. L'application aux faits de la présente espèce

Vu les faits du présent pourvoi, à l'instar de mon collègue, je n'ai aucune hésitation à conclure qu'il n'y a aucune possibilité réelle que la plaignante et sa famille immédiate aient été des personnes en situation d'autorité pour l'application de la règle des confessions, et le juge du procès n'avait donc pas l'obligation de tenir un *voir-dire*. Avant l'admission des déclarations, le juge du procès ne disposait d'absolument aucune preuve que ces personnes agissaient en tant que mandataires de l'État et avaient quelque pouvoir sur d'éventuelles poursuites contre l'accusé. De fait, il est évident qu'elles n'étaient pas des personnes en situation d'autorité ayant quelque pouvoir à l'égard de l'arrestation, de la détention, de l'interrogatoire ou de la poursuite de l'accusé.

En conséquence, je conviens avec mon collègue que la preuve ne renfermait aucun élément faisant naître l'obligation du juge du procès de tenir un *voir-dire* et qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. Les

113

114

115

the trier of fact for assessment of its reliability in all the surrounding circumstances.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziobrocki, Toronto.

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

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

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

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.

éléments de preuve ont à bon droit été admis et soumis au juge des faits pour qu'il en apprécie la fiabilité à la lumière de toutes les circonstances.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Irwin Koziobrocki, Toronto.

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

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

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 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.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sidney Walwyn Wells *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. WELLS

File No.: 25435.

1998: March 24; 1998: September 24.

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 — Evidence — Confessions — Parents of victims of sexual assault consulting with police and deciding to trick accused into confession — Statement made to parent wielding knife and making death threat — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

The respondent confessed to sexually touching young boys. Two of the victims told their fathers who, in turn, discussed the matter with the RCMP on two occasions and then decided to try to trick the accused into confessing. The father of one boy confronted the accused and, when he denied the allegations, grabbed him by the hair, held a knife to his throat and threatened him. When the accused replied with an inculpatory statement, the father

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sidney Walwyn Wells *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. WELLS

N° du greffe: 25435.

1998: 24 mars; 1998: 24 septembre.

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 — Preuve — Confessions — Des parents de victimes d'agression sexuelle ont consulté la police et décidé de tenter par la ruse d'amener l'accusé à faire une confession — Déclaration faite à un parent qui tenait un couteau et proférait des menaces de mort — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans opposition de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure l'exigence relative à la personne en situation d'autorité devrait-elle continuer de faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — Incombe-t-il toujours à la défense de requérir la tenue d'un voir-dire? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Quels éléments de preuve déclenchent l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire?

L'intimé a confessé qu'il avait touché de jeunes garçons à des fins sexuelles. Deux des victimes l'ont dit à leur père respectif, qui ont alors discuté de la situation avec la GRC à deux occasions puis ont décidé de tenter par la ruse d'amener l'accusé à faire une confession. Le père d'un garçon a confronté l'accusé à ces allégations et, lorsque celui-ci les a niées, le père a saisi l'accusé par les cheveux, lui a tenu un couteau à la gorge et l'a

punched him and forced him to apologize to the children. Throughout his statement to the police, the accused kept expressing surprise that it had taken the father three days to have him arrested. At trial, the statements made by the accused to the father and the children were admitted into evidence. Defence counsel raised no objection to the admission of this evidence, but argued to the jury that the statements were patently unreliable in light of the circumstances under which they were made. The accused was convicted. The Court of Appeal allowed his appeal and ordered a new trial.

At issue here is whether the trial judge erred in failing to direct a *voir dire* of his own motion to determine whether the statements made to the father of one of the complainants were given to a person in authority and, if so, whether the statements were made voluntarily. In order to determine whether the trial judge erred several subsidiary issues needed to be considered. First, does the onus always rest with the defence to request a *voir dire* to test the voluntariness of an accused's out-of-court statements? If not, when and under what circumstances should a trial judge hold a *voir dire* of his own motion? Further, is the trial judge's obligation to hold a *voir dire* triggered only where the receiver of the confession is a "conventional" person in authority, or should the obligation be construed more broadly? Lastly, to what extent should the "person in authority" requirement remain part of the confessions rule?

Held (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The applicable principles and factors to be considered were set out in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449.

The evidence adduced was sufficient to have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*. Significantly, the complainants' parents visited and spoke to the police and, after their second visit, planned to obtain an admission from the respondent by a trick. In light of the evidence, the trial judge should have inquired of defence counsel whether or not he was willing to waive a *voir*

menacé. Lorsque l'accusé a répondu par une déclaration inculpatoire, le père lui a donné un coup de poing et l'a forcé à s'excuser auprès des enfants. Tout au long de sa déclaration aux policiers, l'accusé n'a cessé de répéter qu'il était surpris que le père ait attendu trois jours avant de le faire arrêter. Au procès, les déclarations faites par l'accusé au père et aux enfants ont été admises en preuve. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, mais, devant le jury, il a soutenu que les déclarations n'étaient manifestement pas fiables, vu les circonstances dans lesquelles elles avaient été faites. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a accueilli son appel et ordonné un nouveau procès.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire afin de déterminer si les déclarations faites au père d'un des plaignants avaient été faites à une personne en situation d'autorité et, dans l'affirmative, si elles avaient été faites volontairement. Pour déterminer si le juge du procès a commis une erreur, il est nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires. Premièrement, la défense a-t-elle dans tous les cas l'obligation de demander la tenue d'un voir-dire en vue de faire apprécier le caractère volontaire des déclarations extrajudiciaires de l'accusé? Dans la négative, à quel moment et dans quelles circonstances le juge du procès doit-il, de son propre chef, tenir un voir-dire? En outre, l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire existe-t-elle seulement dans les cas où la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette expression», ou faut-il interpréter plus largement cette obligation? Enfin, dans quelle mesure l'exigence relative à la «personne en situation d'autorité» doit-elle continuer de faire partie de la règle des confessions?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie: Les principes et facteurs applicables qui doivent être pris en considération sont énoncés dans l'arrêt *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449.

La preuve présentée était suffisante pour éveiller l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire. Il est significatif qu'après avoir rendu visite une seconde fois à la police et s'être entretenus avec un agent, les parents des plaignants ont eu l'idée de soutenir un aveu à l'intimé en lui tendant un piège. À la lumière de la preuve, le juge du procès aurait dû demander à

dire in relation to statements against interest made by the accused to the father. There was sufficient evidence before the judge to constitute this one of those “rare cases” where the trial judge in the absence of a request by the accused to hold a *voir dire* would be required to make an inquiry as to whether there should be a *voir dire* to determine if the parents were persons in authority for the purposes of the confessions rule. If, on retrial, the respondent’s statements to the father were again admitted into evidence, fairness requires that a direction, as suggested in *Hodgson*, be given regarding these statements.

Per L’Heureux-Dubé and Bastarache JJ. (dissenting): The pertinent definitions and tests to be considered were established in the companion case of *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449.

The confessions rule excludes statements made by the accused to persons in authority which are not proven voluntary beyond a reasonable doubt by the Crown. A “person in authority” is someone formally involved in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused, and whom the accused believes to have such authority.

As a general rule, the defence must raise the issue of the accused’s statement being made to a “person in authority” and request a *voir dire* to examine the statement’s voluntariness. This basic obligation is supplemented, however, by the trial judge’s duty to ensure the fair conduct of a criminal trial, and therefore, in exceptional circumstances, she or he may have to direct a *voir dire proprio motu*. These exceptional circumstances, and the duty to host a *voir dire* without any request from counsel, arise where the evidence before the judge reveals the realistic potential that the accused’s statement was made to a “person in authority”. In practical terms then, where the statement is made to a non-obvious person in authority, there must be a realistic potential that the person is acting as an agent of the state and the accused might have known of this relationship for the voluntariness of the state to become a live issue and the trial judge’s obligation to host a *voir dire* to arise.

l’avocat de la défense s’il voulait ou non renoncer à la tenue d’un voir-dire en ce qui concerne les déclarations contre intérêt faites par l’accusé au père. Le juge du procès disposait de suffisamment d’éléments de preuve en l’espèce pour en faire un des «cas rares» où, en l’absence d’une demande de l’accusé requérant la tenue d’un voir-dire, le juge du procès devait demander s’il y avait lieu de tenir un voir-dire pour déterminer si les parents étaient des personnes en situation d’autorité pour l’application de la règle des confessions. Si, au terme du nouveau procès, les déclarations faites par l’intimé au père sont de nouveau admises en preuve, l’équité commande qu’elles fassent l’objet d’une directive inspirée de celle suggérée dans *Hodgson*.

Les juges L’Heureux-Dubé et Bastarache (dissidents): Les définitions et les critères pertinents dont il faut tenir compte ont été établis dans l’arrêt connexe *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449.

La règle des confessions exclut les déclarations qui sont faites par l’accusé à des personnes en situation d’autorité et dont le caractère volontaire n’est pas établi hors de tout doute raisonnable par le ministère public. Une «personne en situation d’autorité» est une personne qui participe officiellement à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé et qui, selon ce que croit l’accusé, détient une telle autorité.

En règle générale, il incombe à la défense de soulever la question de savoir si la déclaration de l’accusé a été faite à une «personne en situation d’autorité» et de requérir la tenue d’un voir-dire afin de statuer sur le caractère volontaire de la déclaration. S’ajoute toutefois à cette obligation de base, le devoir du juge qui préside un procès criminel de veiller à ce que celui-ci se déroule équitablement. Il peut donc arriver que, dans des cas exceptionnels, le juge doive tenir un voir-dire *proprio motu*. Ces circonstances exceptionnelles, ainsi que le devoir de tenir un voir-dire en l’absence de requête en ce sens de la part des procureurs, sont celles où la preuve dont dispose le juge révèle l’existence d’une possibilité réelle que la déclaration de l’accusé ait été faite à une «personne en situation d’autorité». Dans la pratique, dans les cas où la déclaration est faite à quelqu’un qui n’est pas de toute évidence une personne en situation d’autorité, pour que le caractère volontaire de la déclaration devienne une question en litige et que naisse l’obligation du juge du procès de tenir un voir-dire, il doit exister une possibilité réelle que la personne ayant reçu la déclaration agissait en tant que mandataire de l’État et que l’accusé ait connu ce lien.

Here, the evidence of a meeting of unknown content and the father's independent development of a plan to extract an incriminating statement from the accused, fails to establish the realistic potential that the father was a person in authority, and therefore, the trial judge's duty to conduct a *voir dire* prior to admitting the statements never arose. Even if the evidence established the reasonable possibility that the father met the basic definition of a "person in authority", as someone formally involved in proceedings against the accused, there was no reasonable basis on which to assume that this potential fact affected the voluntariness of the accused's statements. It would be unreasonable to assume that the accused knew of the father's visits to the police and thus that the father had authority under the confessions rule which affected the voluntariness of the accused's statements.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Hodgson, [1998] 2 S.C.R. 449.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 77 B.C.A.C. 129, 126 W.A.C. 129, 107 C.C.C. (3d) 504, [1996] B.C.J. No. 1233 (QL), allowing an appeal from conviction by Curtis J. sitting with jury, [1994] B.C.J. No. 2374 (QL). Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting.

John M. Gordon, for the appellant.

Patrick D. Angly and *David H. Albert*, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian R. Smith, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joanné Marceau and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

En l'espèce, la preuve d'une rencontre dont le contenu est inconnu, ainsi que l'élaboration indépendante par le père d'un plan visant à soutirer une déclaration incriminante à l'accusé n'établissent pas une possibilité raisonnable que le père ait été une personne en situation d'autorité et, en conséquence, l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire avant l'admission des déclarations n'a jamais pris naissance. Même si la preuve établissait la possibilité raisonnable que le père répondait à la définition fondamentale de «personne en situation d'autorité», c'est-à-dire quelqu'un participant officiellement aux procédures contre l'accusé, il n'existe aucun fondement raisonnable permettant de supposer que ce fait potentiel ait influé sur le caractère volontaire des déclarations de l'accusé. Il serait déraisonnable de présumer que l'accusé était au courant des visites du père à la police, et donc que le père avait, au sens de la règle des confessions, quelque autorité ayant influé sur le caractère volontaire des déclarations de l'accusé.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Hodgson, [1998] 2 R.C.S. 449.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 77 B.C.A.C. 129, 126 W.A.C. 129, 107 C.C.C. (3d) 504, [1996] B.C.J. No. 1233 (QL), qui a accueilli un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Curtis, siégeant avec un jury, [1994] B.C.J. No. 2374 (QL). Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents.

John M. Gordon, pour l'appelante.

Patrick D. Angly et *David H. Albert*, pour l'intimé.

S. David Frankel, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian R. Smith, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Written submission only by *Martin W. Mason*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Martin W. Mason*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

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

CORY J. — The same issues must be resolved in both this appeal and that of *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449.

LE JUGE CORY — Les questions en litige dans le présent pourvoi sont les mêmes que dans l'affaire *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449.

In both cases, defence counsel did not request a *voir dire* to test the voluntariness of certain out-of-court statements allegedly made by the accused, and as a result, the statements were admitted into evidence. The appellants contend that the trial judge erred in failing to direct a *voir dire* of his own motion to determine whether the statements were given to a person in authority and if so, whether they were made voluntarily.

Dans les deux affaires, les avocats de la défense n'ont pas demandé la tenue d'un voir-dire en vue de faire apprécier le caractère volontaire de certaines déclarations extrajudiciaires que l'accusé aurait faites et, en conséquence, les déclarations ont été admises en preuve. Les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en n'ordonnant pas d'office la tenue d'un voir-dire afin de déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et, dans l'affirmative, si elles avaient été faites volontairement.

In order to determine whether the trial judge erred it is necessary to consider several subsidiary issues. First, does the onus always rest with the defence to request a *voir dire* to test the voluntariness of an accused's out-of-court statements? If not, when and under what circumstances should a trial judge hold a *voir dire* of his or her own motion? Further, is the trial judge's obligation to hold a *voir dire* triggered only where the receiver of the statement is a "conventional" person in authority, or should the obligation be construed more broadly? Lastly, to what extent should the "person in authority" requirement remain part of the confessions rule?

Pour déterminer si le juge du procès a commis une erreur, il est nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires. Premièrement, la défense a-t-elle dans tous les cas l'obligation de demander la tenue d'un voir-dire en vue de faire apprécier le caractère volontaire des déclarations extrajudiciaires de l'accusé? Dans la négative, à quel moment et dans quelles circonstances le juge du procès doit-il, de son propre chef, tenir un voir-dire? En outre, l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire existe-t-elle seulement dans les cas où la personne qui reçoit la déclaration est une personne en situation d'autorité «au sens classique de cette expression», ou faut-il interpréter plus largement cette obligation? Enfin, dans quelle mesure l'exigence relative à la «personne en situation d'autorité» doit-elle continuer de faire partie de la règle des confessions?

I. Background

I. Le contexte

A. *Facts*

A. *Les faits*

The respondent was an acquaintance of G.D., the father of the complainant A.D. When G.D.

L'intimé était une connaissance de G.D., le père du plaignant, A.D. Lorsque G.D. a invité l'intimé à

invited the respondent to stay at his home, G.D. noticed that A.D.'s behaviour began to change, and he began wetting his bed. This prompted G.D. to ask A.D. if the respondent had been touching him improperly but A.D. denied it.

habiter chez lui, il a remarqué un changement dans le comportement de A.D, qui s'est mis à mouiller son lit. Cela a incité G.D. à demander à A.D. si l'intimé l'avait touché d'une manière indécente, mais A.D. a nié que cela s'était produit.

5 G.D. moved with his family to another town and refused to let the respondent accompany them. Shortly after the D. family moved, the respondent showed up at their door. G.D. allowed the respondent to stay with the family for a couple of days. During that time, T.T., a playmate of A.D., told his father, S.T., that the respondent had touched his penis. S.T. and G.D., who were friends, discussed the matter the following day at work. After work, they stopped at the local RCMP detachment and discussed the situation with a police officer. The evidence does not disclose the content of their discussions with the police on either that occasion or on the visit of the following day. Both G.D. and S.T. testified that after the visits to the RCMP, they decided to try to trick the respondent into confessing. This plan elicited a response from the respondent that he had accidentally touched T.T. while playing and that he (the respondent) would explain it all to S.T. The respondent told G.D. that he was not the kind of man who touched young boys.

G.D. a déménagé avec les membres de sa famille dans une autre ville et refusé que l'intimé les accompagne. Peu après le déménagement de la famille, l'intimé a cogné à la porte de la nouvelle demeure. G.D. lui a alors permis de rester avec la famille pendant quelques jours. Durant cette période, T.T., un camarade de jeu de A.D., a dit à son père, S.T., que l'intimé lui avait touché le pénis. Le lendemain, S.T. et G.D., qui étaient des amis, ont discuté de l'affaire au travail. Après le travail, ils se sont arrêtés au détachement local de la GRC où ils ont discuté de la situation avec un agent. La preuve ne révèle pas la teneur des discussions qu'ils ont eues avec les policiers ce jour-là ou au cours de leur seconde visite, le lendemain. G.D. et S.T. ont tous les deux témoigné que, après leurs visites au détachement de la GRC, ils ont décidé de tenter par la ruse d'amener l'intimé à faire une confession. Grâce à leur ruse, ils ont soutiré à l'intimé la déclaration qu'il avait accidentellement touché à T.T. en jouant et qu'il (l'intimé) expliquerait à S.T. tout ce qui s'était passé. L'intimé a dit à G.D. qu'il n'était pas le genre d'hommes qui touchent aux jeunes garçons.

6 G.D. then asked A.D. and C.M., G.D.'s nephew, if the respondent had touched them. The children admitted that he had. G.D. confronted the respondent with the allegations, and he denied them. G.D. then grabbed the respondent by the hair and held a bread knife to his throat. He said he could kill the respondent for what he had done to his children. The respondent replied, "I wish you would. I don't know what's wrong with me." G.D. then dropped the knife and punched the respondent once, cutting him above the eye. G.D. also forced the respondent to apologize to the children. The respondent told the children, "I never meant to hurt you and I was wrong for touching you. I'm sorry." G.D. took the

G.D. a ensuite demandé à A.D. et à C.M., le neveu de G.D., si l'intimé les avait touchés. Les enfants ont admis que oui. G.D. a confronté l'intimé à ces allégations. Il les a niées. G.D. a alors saisi l'intimé par les cheveux et lui a tenu un couteau à pain à la gorge. Il lui a dit qu'il pourrait le tuer pour ce qu'il avait fait à ses enfants. L'intimé lui a répondu: [TRADUCTION] «J'aimerais que tu le fasses. Je ne sais pas ce qui cloche en moi.» G.D. a alors laissé tomber le couteau et il a donné un coup de poing à l'intimé, le coupant au-dessus de l'œil. G.D. a également forcé l'intimé à s'excuser auprès des enfants. L'intimé a dit aux enfants: [TRADUCTION] «Je n'ai jamais voulu vous faire du mal et

children to see the RCMP the next day and the day after that, the respondent was arrested.

Throughout his statement to the police, the respondent kept expressing surprise that it had taken G.D. three days to have him arrested. He expressed it in these words:

That was on a Tuesday, Tuesday of . . . around what? Around two-thirty . . . no, around two . . . or two-thirty, this happened . . . when he came outta the bush and why it took him so long to put out a warrant for me or have me arrested right on the spot, why? It took 'em three days?

It was conceded before the Court of Appeal that the word "him" referred to G.D.

At trial, the statements made by the respondent to G.D. and the children were admitted into evidence. Defence counsel raised no objection to the admission of this evidence, but argued to the jury that the statements were patently unreliable in light of the circumstances under which they were made. The respondent was convicted.

II. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2374 (QL)

A jury found the respondent guilty of three counts of sexual interference and two counts of sexual assault.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 77 B.C.A.C. 129

Hinds J.A. (Williams J.A. concurring) reviewed the evidence and concluded that, in this case, it would appear on a subjective basis that the respondent may well have believed that G.D. was capable of his "arrest" and had some degree of power over him. Thus, at the time that the respondent made the statement to G.D. at knife point, and when he made the incriminating apology to the children, he might have believed that G.D. was a person in

j'ai eu tort de vous toucher. Je suis désolé.» Le lendemain, G.D. a amené les enfants au détachement de la GRC et, le surlendemain, l'intimé a été arrêté.

Tout au long de sa déclaration aux policiers, l'intimé n'a cessé de répéter qu'il était surpris que G.D. ait attendu trois jours avant de le faire arrêter. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] C'était un mardi, mardi le . . . vers? Vers deux heures et demie . . . non, vers deux heures . . . ou deux heures et demie, cela s'est produit . . . quand il est sorti du bois, et pourquoi il lui a fallu si longtemps avant de faire lancer un mandat d'arrêt à mon égard ou de me faire arrêter sur-le-champ, pourquoi? Pourquoi il a mis trois jours?

Devant la Cour d'appel, il a été concédé que le mot «lui» visait G.D.

Au procès, les déclarations faites par l'intimé à G.D. et aux enfants ont été admises en preuve. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, mais, devant le jury, il a soutenu que les déclarations n'étaient manifestement pas fiables, vu les circonstances dans lesquelles elles avaient été faites. L'intimé a été déclaré coupable.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1994] B.C.J. No. 2374 (QL)

Le jury a conclu que l'intimé était coupable de trois chefs de contacts sexuels et deux chefs d'agression sexuelle.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 77 B.C.A.C. 129

Après avoir examiné la preuve, le juge Hinds (aux motifs duquel a souscrit le juge Williams) a conclu que, en l'espèce, il semblait bien possible, d'un point de vue subjectif, que l'intimé ait cru que G.D. était capable de procéder à son «arrestation» et qu'il avait un certain pouvoir sur lui. Par conséquent, lorsqu'il a fait sa déclaration à G.D. à la pointe du couteau, et lorsqu'il a présenté ses excuses incriminantes aux enfants, il est possible

7

8

9

10

authority. Hinds J.A. based this conclusion on the respondent's statement to the RCMP that he was surprised G.D. did not have him arrested on the spot, and that he had taken so long to have him arrested.

que l'intimé ait cru que G.D. était une personne en situation d'autorité. Le juge Hinds a fondé cette conclusion sur la déclaration de l'intimé à la GRC qu'il était surpris que G.D. ne l'ait pas fait arrêter sur-le-champ et qu'il ait attendu si longtemps avant de le faire.

11 The Crown argued that the respondent had deliberately refrained from raising the issue as to whether G.D. was a person in authority at trial in an attempt to focus on the credibility of Crown witnesses. Hinds J.A. disagreed, and further held that the failure of counsel to raise this issue at trial was not fatal. Hinds J.A. allowed the appeal and ordered a new trial.

Le ministère public a plaidé que, au procès, l'intimé avait délibérément omis de soulever la question de savoir si G.D. était une personne en situation d'autorité dans le but de se concentrer sur la crédibilité des témoins à charge. Le juge Hinds a rejeté cet argument, statuant que l'omission de l'avocat de soulever cette question au procès n'était pas fatale. Il a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

12 In a separate judgment, McEachern C.J. (Williams J.A. concurring) added that, if it had been argued, he would also have excluded the statements made by the respondent under the threat of physical violence as they failed the test for reliability.

Dans un jugement distinct, le juge en chef McEachern (aux motifs duquel a souscrit le juge Williams) a dit que, si l'argument avait été plaidé, il aurait lui aussi exclu les déclarations faites par l'intimé sous la menace de violence physique, car elles ne satisfaisaient pas au critère applicable en matière de fiabilité.

III. Analysis

III. L'analyse

13 The basic issue in this appeal, as in *Hodgson*, is whether the trial judge erred in failing to hold a *voir dire* of his own motion to test the voluntariness of certain out-of-court statements made by the accused before admitting them. In order to resolve this issue, it is appropriate to consider whether the confessions rule should continue to apply only to statements made to persons in authority, or whether it should be expanded so as to capture the out-of-court statements made by the accused in this case.

La question fondamentale qui se pose dans le présent pourvoi, tout comme dans *Hodgson*, est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire afin d'apprécier, avant de les admettre en preuve, le caractère volontaire de certaines déclarations extrajudiciaires de l'accusé. Pour trancher cette question, il convient de déterminer si la règle des confessions doit continuer de s'appliquer seulement aux déclarations faites à des personnes en situation d'autorité, ou si son application doit être élargie pour viser les déclarations extrajudiciaires faites par l'accusé en l'espèce.

14 The applicable principles and factors to be considered are set out in the reasons given in *Hodgson*. It will suffice to repeat the summary set out in *Hodgson*, at para. 48.

Les principes et facteurs applicables qui doivent être pris en considération sont énoncés dans les motifs exposés dans *Hodgson*. Il suffit de reproduire le résumé qui en est fait dans cette affaire, au par. 48.

1. The rule which is still applicable in determining the admissibility of a statement made by an accused to a

1. La règle toujours applicable pour décider de l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé à une

person in authority is that it must have been made voluntarily and must be the product of an operating mind.

2. The rule is based upon two fundamentally important concepts: the need to ensure the reliability of the statement and the need to ensure fairness by guarding against improper coercion by the state. This results in the requirement that the admission must not be obtained by either threats or inducements.

3. The rule is applicable when the accused makes a statement to a person in authority. Though no absolute definition of "person in authority" is necessary or desirable, it typically refers to those formally engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused. Thus, it would apply to person such as police officers and prison officials or guards. When the statement of the accused is made to a police officer or prison guard a *voir dire* should be held to determine its admissibility as a voluntary statement, unless the *voir dire* is waived by counsel for the accused.

4. Those persons whom the accused reasonably believes are acting on behalf of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her may also be persons in authority. That question will have to be determined on a case-by-case basis.

5. The issue as to who is a person in authority must be resolved by considering it subjectively from the viewpoint of the accused. There must, however, be a reasonable basis for the accused's belief that the person hearing the statement was a person in authority.

6. The issue will not normally arise in relation to undercover police officers. This is because the issue must be approached from the viewpoint of the accused. On that basis, undercover police officers will not usually be viewed by the accused as persons in authority.

7. If it is contended that the recipient of the statement was a person in authority in the eyes of the accused then the defence must raise the issue with the trial judge. This is appropriate for it is only the accused who can know that the statement was made to someone regarded by the accused as a person in authority.

personne en situation d'autorité est que cette déclaration doit avoir été faite volontairement et être le produit d'un état d'esprit conscient.

2. La règle repose sur deux concepts d'une importance fondamentale: la nécessité de garantir la fiabilité de la déclaration et d'assurer l'équité en empêchant l'État de prendre des mesures de coercition inappropriées. Il en résulte que l'aveu ne doit pas être obtenu par des menaces ou des promesses.

3. La règle s'applique lorsque l'accusé fait une déclaration à une personne en situation d'autorité. Bien qu'il ne soit ni nécessaire ni souhaitable de définir de manière absolue l'expression «personne en situation d'autorité», cette expression vise habituellement les personnes qui participent officiellement à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé. En conséquence, elle s'applique aux personnes tels les policiers et les gardiens de prison. Lorsque la déclaration de l'accusé est faite à un policier ou à un gardien de prison, un *voir-dire* doit être tenu pour déterminer si la déclaration est admissible en tant que déclaration volontaire, sauf si l'avocat de l'accusé renonce au *voir-dire*.

4. Peuvent aussi être des personnes en situation d'autorité les personnes qui, selon ce que croit raisonnablement l'accusé, agissent pour le compte de la police ou des autorités chargées des poursuites et pourraient, de ce fait, avoir quelque influence ou autorité sur les poursuites engagées contre lui. Cette question doit être tranchée au cas par cas.

5. Pour déterminer qui est une personne en situation d'autorité, il faut examiner la question subjectivement, du point de vue de l'accusé. Toutefois, la croyance de l'accusé que la personne qui entend sa déclaration est une personne en situation d'autorité doit avoir un fondement raisonnable.

6. Cette question ne se posera normalement pas dans le cas des agents doubles de la police, puisque la question doit être examinée du point de vue de l'accusé. En ce sens, les agents doubles ne sont habituellement pas considérés par l'accusé comme des personnes en situation d'autorité.

7. Lorsqu'il est allégué que la personne qui a reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité aux yeux de l'accusé, la défense doit alors signaler la question au juge du procès. Cette façon de faire est appropriée car seul l'accusé peut savoir que la déclaration a été faite à une personne qu'il considérait comme une personne en situation d'autorité.

8. On the ensuing *voir dire* the accused will have the evidential burden of demonstrating that there is a valid issue for consideration. If the accused meets the burden, the Crown will then have the persuasive burden of demonstrating beyond a reasonable doubt that the receiver of the statement was not a person in authority or if it is found that he or she was a person in authority, that the statement of the accused was made voluntarily.

9. In extremely rare cases the evidence adduced during a trial may be such that it should alert the trial judge that the issue as to whether the receiver of a statement made by an accused was a person in authority should be explored by way of *voir dire*. In those cases, which must be extremely rare in light of the obligation of the accused to raise the issue, the trial judge must of his or her own motion direct a *voir dire*, subject, of course, to waiver of the *voir dire* by counsel for the accused.

10. The duty of the trial judge to hold a *voir dire* of his or her own motion will only arise in those rare cases where the evidence, viewed objectively, is sufficient to alert the trial judge of the need to hold a *voir dire* to determine if the receiver of the statement of the accused was, in the circumstances, a person in authority.

11. If the trial judge is satisfied that the receiver of the statement was not a person in authority but that the statement of the accused was obtained by reprehensible coercive tactics such as violence or credible threats of violence, then a direction should be given to the jury. The jury should be instructed that if they conclude that the statement was obtained by coercion, they should be cautious about accepting it, and that little if any weight should be attached to it. [Emphasis in original.]

IV. Application to this Appeal

15 Although this case is not easy to resolve, the evidence adduced was, in my view, sufficient to have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*. To demonstrate this it is necessary to refer to the evidence. When G.D. testified during the

8. Au cours du voir-dire qui s'ensuit, l'accusé a le fardeau de présenter des éléments de preuve démontrant l'existence d'une question en litige valide devant être examinée. Si l'accusé s'acquiesce de ce fardeau, le ministère public a ensuite le fardeau de persuasion et doit démontrer hors de tout doute raisonnable que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité ou, s'il est jugé qu'il s'agissait d'une telle personne, que la déclaration de l'accusé a été faite volontairement.

9. Dans des cas extrêmement rares, il peut arriver que la preuve produite au procès soit telle qu'elle devrait attirer l'attention du juge du procès sur le fait que la question de savoir si la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé était une personne en situation d'autorité doit être examinée au cours d'un voir-dire. Dans de tels cas, qui doivent être extrêmement rares compte tenu de l'obligation qu'a l'accusé de soulever cette question, le juge du procès doit ordonner d'office un voir-dire, sous réserve, évidemment, de la renonciation par l'avocat de l'accusé à la tenue de cette procédure.

10. L'obligation du juge du procès de tenir d'office un voir-dire ne prend naissance que dans les rares cas où la preuve, examinée objectivement, est suffisante pour attirer son attention sur la nécessité de tenir un voir-dire en vue de déterminer si la personne qui a reçu la déclaration de l'accusé était, dans les circonstances, une personne en situation d'autorité.

11. Si le juge du procès est convaincu que la personne qui a reçu la déclaration n'était pas une personne en situation d'autorité, mais que la déclaration de l'accusé a été obtenue à l'aide de tactiques coercitives répréhensibles, telles la violence ou des menaces de violence crédibles, une directive doit alors être donnée au jury. Le jury doit être avisé que, s'il conclut que la déclaration a été obtenue par coercion, il doit alors faire preuve de prudence avant de l'accepter, et qu'il faut n'accorder que peu ou pas de valeur à cette déclaration. [Souligné dans l'original.]

IV. L'application des principes au présent pourvoi

Bien que la présente affaire ne soit pas facile à trancher, je suis d'avis que la preuve présentée était suffisante pour éveiller l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire. Pour démontrer le bien-fondé de cette affirmation, il est nécessaire de se reporter à la preuve. Lorsqu'il a témoigné dans le cadre de la preuve principale du

Crown's case in chief, he made the following statements:

Q You [and S.T.] had a conversation, did you, about [T.T.]?

A Yes, we did.

Q And as a result then of that conversation did you and he do something later that day?

A Yes, we did. We went in to the RCMP station.

. . .

Q Okay. And did you see a police officer there?

A Yes, we did.

. . .

Q Okay. Now I presume you had some conversations there and did [S.T.] also in your presence tell the police officer what he told you?

A Yes, he did.

Q Okay. And after your visit to the police station, what did you and [S.T.] do?

A Well, we went back to the house — headed back towards Hixon and we decided that we were going to play a little trick on Mr. Wells, not so much a trick as it was just to see if we thought that he could do such a thing.

. . .

A . . . The plan was we were going to see how Mr. Wells would react to [S.T.] knowing about what had happened to [T.T.].

Q Okay. And whose idea was it to carry out this plan?

A It was both of our ideas. It wasn't really either one. It was both of our ideas.

Q And you planned this on the way back from the police station on the way to Hixon?

A Yes, it was. [Emphasis added.]

Thus G.D. testified that he had contacted the police and informed them of the situation, and that he and S.T. were planning, by means of a trick, to obtain an admission from the respondent. The content of the conversation with the RCMP was not revealed. It is significant that the complainants'

ministère public, G.D. a fait les déclarations suivantes:

[TRADUCTION]

Q N'est-il pas vrai que vous [et S.T.] avez eu une conversation au sujet de [T.T.]?

R Oui, c'est vrai.

Q Et, par suite de cette conversation, avez-vous tous les deux fait quelque chose plus tard au cours de cette journée-là?

R Oui. Nous nous sommes rendus au poste de la GRC.

. . .

Q O.K. Et y avez-vous vu un policier?

R Oui.

. . .

Q O.K. Je suppose que vous y avez eu des conversations, et est-ce que [S.T.] a répété au policier, en votre présence, ce qu'il vous avait dit?

R Oui, il l'a fait.

Q O.K. Et après votre visite au poste de police, qu'avez-vous fait, vous et [S.T.]?

R Bien, nous sommes retournés à la maison — nous avons repris le chemin de Hixon et nous avons décidé de tendre un petit piège à M. Wells, pas vraiment un piège, puisque c'était juste pour voir s'il était capable d'une telle chose.

. . .

R . . . Nous voulions voir quelle serait la réaction de M. Wells en apprenant que [S.T.] savait ce qui était arrivé à [T.T.].

Q O.K. Et qui a eu l'idée de mettre ce plan à exécution?

R C'était notre idée à tous les deux. L'idée ne venait d'aucun de nous en particulier. C'était notre idée à tous les deux.

Q Et vous avez planifié cela en revenant du poste de police en direction de Hixon?

R Oui, c'est ça. [Je souligne.]

G.D. a donc témoigné qu'il avait contacté les policiers et les avait avisés de la situation, et que lui et S.T. avaient mis au point un piège en vue de soutirer un aveu à l'intimé. La teneur de la conversation qu'ils ont eue avec la GRC n'a pas été révélée. Il est significatif qu'après avoir rendu visite à

parents visited and spoke to the police and, after that visit, planned to obtain an admission from the respondent by a trick. In light of the evidence, it is reasonable to conclude that the trial judge should have inquired of defence counsel whether or not he was willing to waive a *voir dire* in relation to statements against interest made by the respondent to G.D. It does appear that there was sufficient evidence before the judge to constitute this one of those "rare cases". The testimony was such that it required the trial judge make an inquiry as to whether there should be a *voir dire* to determine if the parents were persons in authority for the purposes of the confessions rule.

la police et s'être entretenus avec un agent, les parents des plaignants ont eu l'idée de soutirer un aveu à l'intimé en lui tendant un piège. À la lumière de la preuve, il est raisonnable de conclure que le juge du procès aurait dû demander à l'avocat de la défense s'il voulait ou non renoncer à la tenue d'un voir-dire en ce qui concerne les déclarations contre intérêt faites par l'intimé à G.D. Il semble effectivement que, dans le présent cas, le juge du procès disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour en faire un des «cas rares» évoqués plus haut. Le témoignage était tel que le juge du procès devait demander s'il y avait lieu de tenir un voir-dire pour déterminer si les parents étaient des personnes en autorité pour l'application de la règle des confessions.

17 A new trial should be directed for the respondent. If, on retrial, the respondent's statements to G.D. are again admitted into evidence, fairness requires a direction to be given regarding these statements. It would be along the lines suggested in *Hodgson*, at para. 30, and might be put in this way:

... A statement obtained as a result of inhuman or degrading treatment or the use of violence or threats of violence may not be the manifestation of the exercise of a free will to confess. Rather, it may result solely from the oppressive treatment or fear of such treatment. If it does, the statement may very well be either unreliable or untrue. Therefore, if you conclude that the statement was obtained by such oppression very little if any weight should be attached to it.

V. Disposition

18 In the result, the appeal is dismissed and the order of the British Columbia Court of Appeal directing a new trial is confirmed.

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

19 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case addresses the same issues raised in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, where I set out my view as to

Il convient d'ordonner que l'intimé subisse un nouveau procès. Si, au terme de ce nouveau procès, les déclarations faites par l'intimé à G.D. sont de nouveau admises en preuve, l'équité commande qu'elles fassent l'objet d'une directive au jury. Cette directive s'inspirera de celle suggérée dans *Hodgson*, au par. 30, et pourra être formulée ainsi:

... Il est possible qu'une déclaration obtenue par suite d'un traitement inhumain ou dégradant ou le recours à la violence ou à des menaces de violence ne soit pas l'expression de la volonté librement exercée de confesser ses actes. Au contraire, elle peut n'être que le résultat de la contrainte ou de la crainte d'un tel traitement. Si c'est le cas, il se peut fort bien que la déclaration ne soit pas vraie ou qu'elle ne soit pas fiable. Par conséquent, si vous concluez que la déclaration a été obtenue par une telle contrainte, il faut ne lui accorder que très peu de poids, voire pas du tout.

V. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique intimant la tenue d'un nouveau procès.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève les mêmes questions que l'affaire *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, où je

the proper test for determining who is a “person in authority” under the confessions rule, as well as the circumstances which give rise to an independent obligation for a trial judge to conduct a *voir dire* into this possibility, notwithstanding counsels’ failure to request one. Applying this test to the facts of this case, I would dispose of it differently than my colleague Justice Cory. I find that the trial judge’s duty to conduct a *voir dire* on his own motion never arose because whether the complainant’s father in this case was a “person in authority” was never a live issue. On this basis, I would allow the appeal.

My colleague comprehensively reviews the relevant facts of this appeal, which focuses on certain admissions made by the respondent Wells to G.D., the father of the young complainant. I would only emphasize that the sole evidence available prior to the admission of the impugned statements by Wells which connected G.D. to the RCMP was two visits to the local detachment. Furthermore, G.D. specifically testified that it was he and S.T., the father of another young boy, who decided they would try to trick Wells into confessing. As no objections were raised at trial, these incriminating statements were admitted into evidence. Only on appeal did Wells argue that they were inadmissible as they were extracted under the threat of harm from a person in authority.

The confessions rule excludes statements made by the accused to persons in authority which are not proven voluntary beyond a reasonable doubt by the Crown. Its application to such evidence hinges on the pivotal concept of a “person in authority”. In the companion case of *Hodgson*, I established that a “person in authority” is someone formally involved in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused, and whom the accused believes to have such authority. In other words, the proper test for “persons in authority” begins with an objective threshold test and

me suis prononcée sur le test approprié pour déterminer qui est une «personne en situation d’autorité» pour l’application de la règle des confessions, ainsi que sur les circonstances qui donnent naissance à une obligation de la part du juge du procès de tenir d’office un voir-dire sur cette question, malgré l’omission des procureurs de présenter une demande en ce sens. L’application de ce test aux faits de la présente affaire m’amène à en disposer de façon différente de mon collègue le juge Cory. Je conclus que l’obligation du juge du procès de tenir d’office un voir-dire ne s’est jamais posée puisque la question de savoir si, en l’espèce, le père du plaignant était une «personne en situation d’autorité» n’a jamais été discutée. Pour ce motif, j’accueillerais le pourvoi.

Mon collègue expose de façon exhaustive les faits pertinents au présent pourvoi. Certains aveux faits par l’intimé Wells à G.D., le père du jeune plaignant, sont au cœur de ce pourvoi. Je tiens seulement à souligner qu’avant l’admission des déclarations contestées de Wells, le seul élément de preuve disponible rattachant G.D. à la GRC était deux visites au détachement local. De plus, G.D. a expressément témoigné que c’était lui et S.T., le père d’un autre jeune garçon, qui avaient décidé de tenter par la ruse d’amener Wells à faire une confession. Aucune objection n’ayant été soulevée au procès, les déclarations incriminantes ont été admises en preuve. C’est seulement en appel que Wells a prétendu qu’elles étaient inadmissibles parce que soutirées sous la menace de violence physique par une personne en situation d’autorité.

La règle des confessions exclut les déclarations qui sont faites par l’accusé à des personnes en situation d’autorité et dont le caractère volontaire n’est pas établi hors de tout doute raisonnable par le ministère public. L’application de la règle à une telle preuve dépend de la notion centrale de «personne en situation d’autorité». Dans le pourvoi connexe *Hodgson*, j’ai établi qu’une «personne en situation d’autorité» est une personne qui participe officiellement à l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé et qui, selon ce que croit l’accusé, détient une telle auto-

20

21

then subsequently examines the subjective belief of the accused.

22

As a general rule, the defence bears the evidentiary burden of raising the issue that the accused's statement was made to a "person in authority", and of requesting a *voir dire* to examine the statement's voluntariness. This basic obligation is supplemented, however, by the trial judge's duty to ensure the fair conduct of a criminal trial, and therefore, in exceptional circumstances, she or he may have to direct a *voir dire proprio motu*.

23

These exceptional circumstances, and the duty to hold a *voir dire* without any request from counsel, arise where the evidence before the judge reveals the realistic potential that the accused's statement was made to a "person in authority". Essentially, the evidence available to the trial judge prior to the admission of the statement must show the reasonable possibility that the admission was made to a representative of the state and the accused might objectively have known of this authority.

24

In practical terms then, the trial judge must direct a *voir dire proprio motu*, subject to informed waiver by the accused, where a statement is made to an obvious "person in authority". In such a case, it can be reasonably inferred that the accused knew of the person's authority. Where the statement is made to a non-obvious person in authority, however, the evidentiary burden on the accused is not met so easily. In this instance, there must be a realistic potential that the person is acting as an agent of the state and that the accused might have known of this relationship for the voluntariness of the statement to become a live issue and the trial judge's obligation to hold a *voir dire* to arise.

rité. Autrement dit, le test approprié de la «personne en situation d'autorité» débute par l'application d'un critère préliminaire objectif et se poursuit par l'examen de la croyance subjective de l'accusé.

En règle générale, il incombe à la défense de soulever la question de savoir si la déclaration de l'accusé a été faite à une «personne en situation d'autorité» et de requérir la tenue d'un voir-dire afin de statuer sur le caractère volontaire de la déclaration. S'ajoute toutefois à cette obligation de base, le devoir du juge qui préside un procès criminel de veiller à ce que celui-ci se déroule équitablement. Il peut donc arriver que, dans des cas exceptionnels, le juge doive tenir un voir-dire *proprio motu*.

Ces circonstances exceptionnelles, ainsi que le devoir de tenir un voir-dire en l'absence de requête en ce sens de la part des procureurs, sont celles où la preuve dont dispose le juge révèle l'existence d'une possibilité réelle que la déclaration de l'accusé ait été faite à une «personne en situation d'autorité». Essentiellement, la preuve dont dispose le juge du procès avant l'admission d'une telle déclaration doit démontrer une possibilité raisonnable que l'aveu a été fait à un représentant de l'État et que l'accusé a pu objectivement connaître cette situation d'autorité.

Dans la pratique, sous réserve d'une renonciation éclairée de l'accusé à la tenue d'un voir-dire, le juge du procès doit ordonner *proprio motu* cette procédure lorsqu'une déclaration a été faite à quelqu'un qui de toute évidence est une «personne en situation d'autorité». Il est raisonnable, dans un tel cas, d'inférer que l'accusé savait qu'il s'agissait d'une personne en situation d'autorité. Toutefois, dans les cas où la déclaration est faite à quelqu'un qui n'est pas de toute évidence une personne en situation d'autorité, l'accusé ne peut pas se décharger aussi aisément de ce fardeau de preuve. Pour que le caractère volontaire de la déclaration devienne ici une question en litige et que naisse l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire, il doit exister une possibilité réelle que la personne ayant reçu la déclaration agissait en tant que mandataire de l'État et que l'accusé ait connu ce lien.

The critical question in this appeal is whether this obligation arose on the facts available to the trial judge prior to the admission of the impugned statements made by Wells to G.D. Contrary to my colleague, I find that there was no realistic potential for G.D. to be a “person in authority” on the evidence and, therefore, no such duty ever arose.

In general, as the father of the complainant G.D. was not an obvious person in authority, the accused bore the evidentiary burden of identifying the voluntariness of the statements for this question to be a live issue. There was no objection to the statements’ admission though. In the alternative, for the judge’s obligation to conduct a *voir dire* independently to arise, the evidence must have revealed the reasonable possibility first, that the complainant’s father G.D. was acting as an agent of the state and second, that the accused could have known of this fact.

However, G.D. was the first witness called by the Crown, and the evidence available to the trial judge prior to admitting the incriminating statements of Wells reveals only that G.D. and his friend S.T. had stopped at the local RCMP detachment on two occasions to discuss the alleged sexual assaults on their children. Nothing further was established about the content of these discussions from which any relationship between G.D. and the authorities could be inferred. In fact, G.D. testified that it was he and his friend who had decided to trick Wells into confessing. This idea was their own, and formed on the way back from the RCMP.

In my view, this evidence of a meeting of unknown content, and the fathers’ independent development of a plan to extract an incriminating statement from Wells, fail to raise the reasonable possibility that the men were acting as agents for the RCMP, or that either had any control over prospective proceedings. Relying on the facts that G.D. attended the RCMP prior to extracting the

La question fondamentale dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si cette obligation a pris naissance compte tenu des faits dont disposait le juge du procès avant l’admission des déclarations contestées faites par Wells à G.D. Contrairement à mon collègue, je conclus que, compte tenu de la preuve, il n’y avait aucune possibilité réelle que G.D. soit une «personne en situation d’autorité» et, en conséquence, cette obligation n’a jamais pris naissance.

De façon générale, étant donné que G.D., en tant que père du plaignant, n’était pas de toute évidence une personne en situation d’autorité, il incombait à l’accusé de prouver que le caractère volontaire de la déclaration était une question en litige. Or, il n’y a eu aucune objection à l’admission des déclarations. Autrement, pour que naisse l’obligation du juge de tenir d’office un voir-dire, il fallait que la preuve révèle l’existence d’une possibilité raisonnable, premièrement que G.D., le père du plaignant, ait agi en tant que mandataire de l’État, et deuxièmement que l’accusé ait connu ce fait.

Cependant, G.D. a été le premier témoin appelé par le ministère public, et la preuve dont disposait le juge du procès avant l’admission des déclarations incriminantes de Wells indique seulement que G.D. et son ami S.T. s’étaient rendus à deux occasions au détachement local de la GRC pour discuter des agressions sexuelles dont auraient été victimes leurs enfants. Aucun élément supplémentaire, qui aurait permis de déduire l’existence d’un lien entre G.D. et les autorités, n’a été apporté au sujet du contenu de ces conversations. En fait, G.D. a témoigné que c’est lui et son ami qui avaient décidé d’amener Wells par la ruse à faire une confession. Il s’agissait de leur propre plan, qu’ils avaient élaboré en revenant du détachement de la GRC.

À mon avis, cette preuve d’une rencontre dont le contenu est inconnu, ainsi que l’élaboration indépendante par les pères d’un plan visant à soutirer une déclaration incriminante à Wells ne suffisent pas pour faire naître une possibilité raisonnable qu’ils aient agi en tant que mandataires de la GRC ou qu’ils aient eu quelque contrôle sur d’éventuelles procédures. Se fondant sur le fait que G.D.

25

26

27

28

statements from the accused, subsequently formed a plan to obtain an admission from Wells, and then returned to the RCMP, my colleague concludes there was a “close connection” between G.D. and the authorities. He finds, at para. 15, that this evidence “was . . . sufficient to have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*” and therefore, the trial judge erred in failing to conduct a *voir dire*.

29 With respect, I find that the connection between G.D. and the authorities on this basis is extremely tenuous since, according to G.D.’s testimony, it was his and his friend’s idea to trick Wells into making a statement. Such evidence fails to establish the reasonable possibility that G.D. was a person in authority, and therefore, the trial judge’s duty to conduct a *voir dire* prior to admitting the statements does not arise.

30 In the alternative, even if I were to accept for argument’s sake that this possibility arose objectively on the evidence, and one could reasonably infer that the father was formally acting under the directions of the police, I would still find that the trial judge’s duty was not triggered. Indeed, there was nothing in the record to show that the accused could have known of the visit to the RCMP and any alleged relationship between the RCMP and the complainant’s father. In other words, even accepting for argument’s sake that the evidence established the reasonable possibility that the father met the basic definition of a “person in authority”, as someone formally involved in proceedings against the accused, there was no reasonable basis on which to assume that this potential fact affected the voluntariness of Wells’ statements. In the end, it would be unreasonable to assume that Wells knew of G.D.’s visit to the RCMP and thus that G.D. had authority under the confessions rule which affected the voluntariness of Wells’ statements.

31 I observe that my colleague refers, in his summary of the facts, to the fact that the accused won-

a rencontré la GRC avant de soutirer les déclarations à l’accusé, qu’il a ensuite mis au point un plan pour obtenir un aveu de Wells puis qu’il s’est de nouveau rendu au détachement de la GRC, mon collègue conclut qu’il existait un «lien étroit» entre G.D. et les autorités. Il juge, au par. 15, que cette preuve «était suffisante pour éveiller l’attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire», et que le juge du procès a donc commis une erreur en ne tenant pas de voir-dire.

Avec égards, j’estime que le lien qui existerait sur cette base entre G.D. et les autorités est extrêmement ténu, étant donné que, selon le témoignage de G.D., c’est lui et son ami qui ont eu l’idée d’amener Wells par la ruse à faire une déclaration. Une telle preuve n’établit pas une possibilité raisonnable que G.D. ait été une personne en situation d’autorité et, en conséquence, l’obligation du juge du procès de tenir un voir-dire avant l’admission des déclarations n’a pas pris naissance.

Subsidiairement, même si, pour les fins de la discussion, j’acceptais qu’une preuve objective démontre cette possibilité et que l’on puisse raisonnablement en inférer que le père agissait officiellement sur les instructions de la police, je conclurais néanmoins que le juge du procès n’avait pas une telle obligation. De fait, rien au dossier n’indique que l’accusé ait pu être au courant des visites au détachement de la GRC et de quelque prétendu lien entre la GRC et le père du plaignant. Autrement dit, même en acceptant, pour les fins de la discussion, que la preuve établisse la possibilité raisonnable que le père répondait à la définition fondamentale de «personne en situation d’autorité», c’est-à-dire quelqu’un participant officiellement aux procédures contre l’accusé, il n’existe aucun fondement raisonnable permettant de supposer que ce fait potentiel ait influé sur le caractère volontaire des déclarations de Wells. Finalement, il serait déraisonnable de présumer que Wells était au courant des visites de G.D. au détachement de la GRC, et donc que G.D. avait, au sens de la règle des confessions, quelque autorité ayant influé sur le caractère volontaire des déclarations de Wells.

Je tiens à signaler que, dans son résumé des faits, mon collègue mentionne que l’accusé s’est

dered why it took the authorities so long to arrest him. This evidence, however, only came out at trial after the impugned evidence was admitted and, therefore, it has no relevance to this Court's review of whether an obligation to hold a *voir dire* for purposes of the confessions rule arose. While my colleague's reasons do not rely on this fact, I think it is important to state its irrelevance to the issue at hand.

In conclusion, as I find that the trial judge's obligation to direct a *voir dire* independently never arose in the circumstances of this case, and the impugned statements were properly admitted, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and restore the jury's verdict at trial.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and BASTARACHE JJ. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Patrick Angly, Vancouver.

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.

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

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

dit étonné qu'il ait fallu tant de temps aux autorités pour l'arrêter. Toutefois, ce fait n'est ressorti au procès qu'après l'admission de l'élément de preuve contesté, de sorte qu'il n'a aucune pertinence dans l'examen par notre Cour de la question de savoir si l'obligation de tenir un *voir-dire* pour l'application de la règle des confessions a pris naissance. Bien que les motifs de mon collègue ne se fondent pas sur ce fait, j'estime qu'il est important d'indiquer qu'il n'est pas pertinent à l'égard de la question en litige.

En conclusion, étant donné que le juge du procès n'a jamais eu l'obligation de tenir d'office un *voir-dire* dans les circonstances de la présente affaire, et que les déclarations contestées ont à bon droit été admises, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et je rétablirais le verdict rendu par le jury au procès.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BASTARACHE sont dissidents.

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

Procureur de l'intimé: Patrick Angly, Vancouver.

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.

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

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

Minister of Health and Community Services *Appellant*

v.

M.L. and R.L. *Respondents*

and

Child Solicitor *Intervener*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. L. (M.)

File No.: 26321.

Hearing and judgment: June 23, 1998.

Reasons delivered: October 1, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Family law — Guardianship — Right of access — Children in need of protection — Order awarding permanent guardianship to Minister of Health and Community Services — Whether order granting parents access can be made in conjunction with permanent guardianship order — Whether Court of Appeal erred in intervening in trial judge's decision to deny natural parents access to children.

In 1995, the respondents' three young daughters were placed in a foster family. A number of orders were subsequently made concerning their protection, and efforts were made to preserve the family ties. The Minister of Health and Community Services applied for a permanent guardianship order in 1997. The trial judge granted the application. The respondents' 16 years of cohabitation were characterized by numerous break-ups and reconciliations. The judge noted that the father had serious dependency problems, that he was not assuming his responsibilities towards the children and that he was continually absent. He also observed that the mother, whose intellectual capacity was limited, had anxiety and depression and suffered from behavioural disorders. The judge believed that her parenting skills could not improve significantly because care of the children was itself a source of great anxiety for her. She admitted

Le ministre de la Santé et des Services communautaires *Appelant*

c.

M.L. et R.L. *Intimés*

et

L'avocate des enfants *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) c. L. (M.)

N° du greffe: 26321.

Audition et jugement: 23 juin 1998.

Motifs déposés: 1^{er} octobre 1998.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit de la famille — Tutelle — Droit de visite — Enfants ayant besoin de protection — Ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de la Santé et des Services communautaires — Peut-on greffer à une ordonnance de tutelle permanente une ordonnance d'accès en faveur des parents naturels? — La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant dans la décision du juge de première instance de refuser aux parents naturels l'accès aux enfants?

En 1995, les trois fillettes des intimés sont placées dans une famille d'accueil. Elles font ensuite l'objet de plusieurs ordonnances visant leur protection ainsi que de tentatives de maintien des liens familiaux. Le ministre de la Santé et des Services communautaires demande une ordonnance de tutelle permanente en 1997. Le juge de première instance accueille cette demande. Les 16 années de vie commune des intimés ont été marquées de nombreuses ruptures et reconciliations. Le juge note que le père éprouve de graves problèmes de dépendance, qu'il n'assume pas ses responsabilités vis-à-vis des enfants et qu'il s'absente continuellement. Il constate également que la mère, dont les facultés intellectuelles sont limitées, a des problèmes d'anxiété et de dépression et qu'elle souffre de troubles de comportement. Le juge estime que ses habiletés parentales ne peuvent s'améliorer de façon significative car la charge même des

having hit the children and she wanted the Minister to take care of them because she felt incapable of doing so. The last attempt to return the children to the respondents had been a failure. The judge said that the evidence left no doubt that the children could not obtain the appropriate motivation and care from the respondents. The respondents' parenting skills did not meet the needs of the children. The mental, emotional and physical health of the children would be jeopardized if they were returned to the respondents. The evidence also showed that the children had developed emotional ties with their foster family, in which they were making progress and were happy. Relying on the definition of the "best interests of the child" set out in s. 1 of the *Family Services Act*, the judge concluded that the permanent guardianship order was in the best interests of the children. In a second judgment rendered several weeks later, the judge prohibited the respondents from having any contact with the children. He said that the order was made in the best interests of the children because the evidence showed that the attempts by the respondents to contact the girls were greatly disturbing to their sense of security and stability. The Court of Appeal affirmed the permanent guardianship order but set aside the order prohibiting access and ordered the Minister to present to the trial judge for approval a plan in relation to the exercise of the respondents' access rights. The court was of the opinion that there was nothing on the record that would warrant the complete abrogation of access by the respondents.

Held: The appeal should be allowed.

Under the *Family Services Act*, the Court of Appeal, like the trial judge, had jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship. The Act provides for the guardianship order to be varied on the application of the Minister (s. 60(2)) or the parents (ss. 60(3) and 61(1)), and for the court to be able to make any order that it considers appropriate at that time, having regard to the best interests of the child (s. 60(6)). Since access may be considered when the guardianship order is reviewed, *a fortiori* the court must be able to consider granting access at the time the initial order is made. Section 85(2) of the Act, which deals with access at the adoption stage, confirms this interpretation of the courts' initial jurisdiction in respect of access. If the court has the power to "preserve" a right of access after adoption, a measure that is even more drastic and final than permanent guardianship, it would be illogical for it not to have the power to grant access when it makes the initial permanent guardianship order. Finally, the legislature has given the courts jurisdiction to decide access rights, since it requires that they "place

enfants représente pour elle une source de grande anxiété. Elle avoue avoir frappé les enfants et elle désire que le Ministre en prenne soin car elle s'en sent incapable. La dernière tentative de retour des enfants chez les intimés a été un échec. Le juge indique que la preuve ne laisse aucun doute que les enfants ne peuvent obtenir des intimés la motivation et les soins appropriés. L'habileté parentale des intimés ne répond pas aux besoins des enfants. La santé mentale, affective et physique des enfants serait menacée si elles étaient retournées auprès des intimés. La preuve démontre également que les enfants ont développé des liens affectifs avec leur famille d'accueil au sein de laquelle elles font des progrès et sont heureuses. S'appuyant sur la définition de «l'intérêt supérieur de l'enfant» édictée à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, le juge conclut que l'ordonnance de tutelle permanente est dans le meilleur intérêt des enfants. Dans un second jugement rendu quelques semaines plus tard, le juge interdit aux intimés tout contact avec les enfants. Il indique que cette ordonnance est rendue dans l'intérêt supérieur des enfants puisque la preuve établit que les tentatives des intimés d'entrer en contact avec les fillettes perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité. La Cour d'appel confirme l'ordonnance de tutelle permanente mais infirme l'ordonnance interdisant l'accès et ordonne au Ministre de soumettre à l'approbation du juge de première instance un plan relatif à l'exercice du droit de visite des intimés. La cour est d'avis que rien au dossier ne justifie l'abrogation totale du droit de visite des intimés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En vertu de la *Loi sur les services à la famille*, la Cour d'appel, comme le juge de première instance, était compétente pour greffer une ordonnance d'accès à une ordonnance de tutelle permanente. La Loi prévoit la modification de l'ordonnance de tutelle à la demande du Ministre (par. 60(2)) ou des parents (par. 60(3) et 61(1)), ainsi que la possibilité de rendre toute ordonnance que la cour juge alors opportune compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 60(6)). Puisque le droit de visite peut faire l'objet d'un examen au moment de la révision de l'ordonnance de tutelle, *a fortiori*, une cour doit pouvoir considérer l'octroi d'un droit de visite au moment où l'ordonnance initiale est rendue. L'article 85(2) de la Loi, qui traite de l'accès au stade de l'adoption, confirme l'interprétation de la compétence initiale des tribunaux en matière d'accès. Si la cour détient le pouvoir de «maintenir» un droit de visite après l'adoption, mesure encore plus drastique et définitive que la tutelle permanente, il serait illogique qu'elle n'ait pas le pouvoir d'accorder un droit de visite lors de l'ordonnance initiale de tutelle permanente. Enfin, le législateur

above all other considerations the best interests of the child" (s. 53(2)). Denying the courts the opportunity to decide whether an access order should be made could prevent them from performing their duty of acting in the best interests of the child.

There is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. While it is true that permanent guardianship is generally a prelude to adoption, that is not always the case. Even in the case of adoption, it may be in the best interests of the child to maintain contact with his or her natural family. However, if adoption is more important than access for the welfare of the child and would be jeopardized if a right of access were exercised, access should not be granted. Access is the exception and not the rule in the context of a permanent guardianship order. While preserving emotional ties is one of the elements of the definition of the best interests of the child (s. 1(d)), it will only operate in favour of granting access if access is in the best interests of the child, having regard to all the other factors. The decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the judge weigh the various components of the best interests of the child. It is up to the judge to determine which of the child's interests and needs take priority. Access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child.

In this case, the Court of Appeal erred in finding that there was "nothing" to justify the trial judge's decision to deny access. While in that decision he stated only one fundamental reason, and did not specify the precise behaviour on the part of the respondents that had disturbed the children, the trial judge referred to the evidence before him and his first judgment provides the necessary details. His refusal to authorize access is based on valid considerations. No manifest error in his assessment of the facts was raised. The evidence shows serious misconduct by the parents. The father was manipulative and unable to control his emotions. The mother, who was stressed and depressed, was unable to face up to the ordeal of the visits. For one thing, the evidence shows that most of the visits, even though brief, were disturbing and upsetting to the children. Maintaining the emotional tie with the parents was therefore not consistent with the girls' psychological stability. Moreover, the evidence indicates that an access order could

a conféré aux tribunaux la compétence pour se prononcer sur les droits de visite car il leur impose de «placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération» (par. 53(2)). Refuser aux tribunaux la possibilité de se prononcer sur le bien-fondé d'une ordonnance d'accès pourrait les empêcher d'exécuter leur devoir d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre la délivrance d'une ordonnance de tutelle permanente et d'une ordonnance d'accès. S'il est exact que la tutelle permanente est généralement un prélude à l'adoption, cela n'est pas toujours le cas. Même en cas d'adoption, il peut être dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il garde contact avec sa famille naturelle. Cependant, si l'adoption est plus importante que l'accès pour le bien-être de l'enfant et qu'elle serait mise en péril par l'exercice d'un droit de visite, celui-ci ne devrait pas être accordé. L'accès constitue l'exception et non la règle dans le contexte d'une ordonnance de tutelle permanente. Bien que le maintien des liens affectifs constitue l'un des éléments de la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant (al. 1d), il ne joue en faveur de l'attribution d'un droit d'accès que si celui-ci est dans le meilleur intérêt de l'enfant compte tenu de tous les autres facteurs. La décision d'accorder ou non un droit d'accès est un exercice délicat qui exige du juge qu'il apprécie les divers éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il lui appartient de déterminer ses intérêts et besoins prioritaires. Un droit d'accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l'enfant.

En l'espèce, la Cour d'appel a erré en jugeant que «rien» ne justifiait la décision du juge de première instance de refuser l'accès. Bien que dans cette décision il n'énonce qu'une raison de principe et qu'il ne fasse pas état de comportements précis des intimés qui ont troublé les enfants, le juge de première instance renvoie à la preuve dont il a été saisi et son premier jugement contient tous les détails nécessaires. Son refus d'autoriser l'accès repose sur des motifs valables. Aucune erreur manifeste d'appréciation des faits n'a été soulevée. La preuve révèle de sérieuses défaillances de conduite chez les parents. Le père s'est montré manipulateur et incapable de contrôler ses émotions. La mère, stressée et déprimée, n'a pas eu la force d'assumer l'épreuve des visites. La preuve démontre notamment que la plupart des visites, par ailleurs très courtes, ont troublé et peiné les enfants. Le maintien du lien affectif avec les parents n'était donc pas compatible avec la stabilité psychologique des fillettes. De plus, la preuve indique qu'une

have jeopardized the adoption of the children by the foster family, which was desirable.

ordonnance d'accès pouvait mettre en péril l'adoption, par ailleurs souhaitable, des enfants par la famille d'accueil.

Cases Cited

Referred to: *Re M.A.G.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443; *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337; *Children's Aid Society of Winnipeg v. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326; *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073; *T. (A.H.) v. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241; *Turgeon v. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL); *Dombovary v. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Jackson* (1991), 121 N.B.R. (2d) 434; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.* (1990), 109 N.B.R. (2d) 202; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288; *Superintendent of Family and Child Service v. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 274; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.D.* (1994), 145 N.B.R. (2d) 14; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.N.* (1997), 194 N.B.R. (2d) 204; *Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL); *Children's Aid Society of the District of Thunder Bay v. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL); *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL); *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.* (1991), 117 N.B.R. (2d) 229; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. P.P.* (1990), 117 N.B.R. (2d) 222; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL); *Director of Child Welfare (Alta.) v. A.C.*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re M.A.G.* (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 443; *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337; *Children's Aid Society of Winnipeg c. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073; *T. (A.H.) c. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241; *Turgeon c. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL); *Dombovary c. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. Jackson* (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 434; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 202; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288; *Superintendent of Family and Child Service c. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G.* (1997), 193 R.N.-B. (2^e) 274; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. B.D.* (1994), 145 R.N.-B. (2^e) 14; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.N.* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 204; *Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL); *Children's Aid Society of the District of Thunder Bay c. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL); *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL); *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.* (1991), 117 R.N.-B. (2^e) 229; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. P.P.* (1990), 117 R.N.-B. (2^e) 222; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL); *Director of Child Welfare*

(1991), 121 A.R. 301; *Alberta (Director of Child Welfare) v. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 59(2).

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, s. 47(2).

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2 [am. 1983, c. 16, s. 1], ss. 1 “best interests of the child” [am. 1996, c. 13, s. 1], 2, 6(1), 13, 43 “guardianship agreement”, “guardianship order”, 44(2.1) [ad. 1990, c. 25, s. 9], 45(3), 48(1), 52(1), 53(1), 53(2), 55(4), 56 [am. 1992, c. 33, s. 3], 58(1), 58(2) [rep. & sub. 1990, c. 25, s. 12], 58(3), 59(1), 59(4), 60(2), 60(3) [*idem*, s. 13], 60(6) [am. 1988, c. 13, s. 4], 61(1) [rep. & sub. 1990, c. 25, s. 14], 61(4) [*idem*], 85(2).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 197 N.B.R. (2d) 113, 504 A.P.R. 113, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL), allowing in part the respondents’ appeal from a judgment of Boisvert J. (1997), 197 N.B.R. (2d) 60, 504 A.P.R. 60, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL), awarding the appellant guardianship of the respondents’ children. Appeal allowed.

Mary Elizabeth Beaton and Rita Godin, for the appellant.

Terrence P. Lenihan, for the respondent M.L.

Peter J. C. White, for the respondent R.L.

Sylvia Mendes-Roux, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

¹ GONTHIER J. — At the hearing of this case, the Court allowed the appeal from the bench, with reasons to follow. These are the reasons.

² At issue here is the jurisdiction of the Court of Appeal in this instance, and of the courts in general, in matters of child protection, to make an order granting the parents access in conjunction with an order awarding permanent guardianship to the Minister of Health and Community Services

(*Alta.*) c. A.C. (1991), 121 A.R. 301; *Alberta (Director of Child Welfare) c. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL).

Lois et règlements cités

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 47(2).

Loi sur les services à l’enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 59(2).

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 [mod. 1983, ch. 16, art. 1], art. 1 «intérêt supérieur de l’enfant» [mod. 1996, ch. 13, art. 1], 2, 6(1), 13, 43 «entente de tutelle», «ordonnance de tutelle», 44(2.1) [aj. 1990, ch. 25, art. 9], 45(3), 48(1), 52(1), 53(1), 53(2), 55(4), 56 [mod. 1992, ch. 33, art. 3], 58(1), 58(2) [abr. & rempl. 1990, ch. 25, art. 12], 58(3), 59(1), 59(4), 60(2), 60(3) [*idem*, art. 13], 60(6) [mod. 1988, ch. 13, art. 4], 61(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 25, art. 14], 61(4) [*idem*], 85(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (1997), 197 R.N.-B. (2^e) 113, 504 A.P.R. 113, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL), qui a accueilli en partie l’appel des intimés à l’encontre d’un jugement du juge Boisvert (1997), 197 R.N.-B. (2^e) 60, 504 A.P.R. 60, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL), qui avait accordé à l’appelant la tutelle des enfants des intimés. Pourvoi accueilli.

Mary Elizabeth Beaton et Rita Godin, pour l’appelant.

Terrence P. Lenihan, pour l’intimée M.L.

Peter J. C. White, pour l’intimé R.L.

Sylvia Mendes-Roux, pour l’intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Lors de l’audition de cette affaire, la Cour a accueilli l’appel séance tenante avec motifs à suivre que voici.

Le débat porte, en matière de protection de l’enfance, sur la compétence de la Cour d’appel dans la présente instance, et des tribunaux en général, de greffer une ordonnance d’accès en faveur des parents à une ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de la Santé et des Services com-

(hereinafter the “Minister”). The appropriateness of the intervention by the Court of Appeal, having regard to the facts of the case, is also in issue.

I. Facts and Proceedings

The facts are set out in the trial judgment, which I shall summarize later, and for the most part are not in dispute. On May 19, 1995, the respondents’ twin daughters, L.A. and L.L. born on April 6, 1991, and aged four at the time, were placed under protective care. On June 1, 1995, their older sister N.L., born on January 3, 1988, and then aged seven, was also taken into protective care. The three children were placed with the same foster family. Over the next two years, a number of orders were made concerning their protection, and efforts were made to preserve the family ties; these may be summarized as follows:

- June 29, 1995: interim custody order awarding custody to the Minister, and order prohibiting access by the father when the children visited their mother, on the ground of harassment;
- September 1, 1995: protection order cancelled because the parents had resumed cohabitation;
- September 11, 1995 to March 22, 1996: various orders awarding custody to the Minister;
- March 22, 1996: application by the Minister for guardianship of the three children. Counsel appointed for the children;
- July 4, 1996: order granting access to the parents (on consent);
- Summer 1996: attempt to return the children to their parents gradually;
- September 5, 1996: consent of the Minister to a supervision order. Parents given last chance. The children went back to live with them. Back-up provided by the foster family for some weekends;
- November 14, 1996: children returned to the foster family at the request of their mother, who

munautaires (ci-après le «Ministre»). Le bien-fondé de l’intervention de la Cour d’appel, vu les faits de l’espèce, est également mis en cause.

I. Faits et procédures

Le jugement de première instance, que je résume plus loin, fait état des faits qui, pour l’essentiel, ne sont pas contestés. Le 19 mai 1995, les deux filles des intimés, L.A. et L.L., des jumelles nées le 6 avril 1991, alors âgées de 4 ans, sont placées sous régime de protection. Le 1^{er} juin 1995, N.L., leur sœur aînée née le 3 janvier 1988, alors âgée de 7 ans, est également placée sous régime de protection. Les trois enfants sont placées dans une même famille d’accueil. Au cours des deux années qui suivent, elles font l’objet de plusieurs ordonnances visant leur protection ainsi que de tentatives de maintien des liens familiaux qui peuvent être résumées comme suit:

- 29 juin 1995: ordonnance de garde intérimaire en faveur du Ministre et ordonnance d’interdiction d’accès par le père lors des visites des enfants chez leur mère pour cause de harcèlement;
- 1^{er} septembre 1995: ordonnance de protection annulée car les parents ont repris la vie commune;
- 11 septembre 1995 au 22 mars 1996: diverses ordonnances de garde en faveur du Ministre;
- 22 mars 1996: requête du Ministre en tutelle des trois enfants. Procureur nommé aux enfants;
- 4 juillet 1996: ordonnance accordant un droit de visite aux parents (de consentement);
- Été 1996: tentative de retour progressif des enfants chez leurs parents;
- 5 septembre 1996: consentement du Ministre à une ordonnance de surveillance. Dernière chance accordée aux parents. Les enfants retournent vivre chez eux. Relève assurée par la famille d’accueil pour certaines fins de semaines;
- 14 novembre 1996: retour des enfants dans la famille d’accueil à la demande de leur mère qui

was afraid she would strike them, and whose mental health had deteriorated. The father, who had started taking drugs again, was aggressive and violent;

- November 20, 1996: application by the Minister for permanent guardianship.

- November 25, 1996: prohibition by the Minister against any contact with the children for which prior authorization had not been given (s. 13 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (hereinafter the "Act")). Supervised one-hour visits every two weeks, during which the father was unable to control his emotions. The girls were sad, disturbed, worried and anxious about the visits;

- December 2, 1996: order for interim custody of the children. Issue of access left to the discretion of the Minister;

- January 30, 1997: prohibition by the Minister against all contacts until trial. Reasons: failure to comply with earlier orders, girls affected negatively by the visits;

- February 24 to 28 and March 3, 1997: hearing on permanent guardianship;

- March 20, 1997: order awarding permanent guardianship of the three children to the Minister made by Boisvert J. Judgment appealed by the parents, who continued to try to contact their children, going to the eldest's school several times and publishing an article in the local newspaper. The eldest was disturbed;

- May 8, 1997: order made by Boisvert J. prohibiting the parents from having any contact with the children, on the application of the Minister under s. 60(2) of the Act;

- September 22, 1997: appeal allowed in part. The permanent guardianship order was upheld, but the Minister was to prepare an access plan;

- January 9, 1998: leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal granted;

- February 13, 1998: hearing on the approval of the access plan postponed for 60 days by Deschênes J.;

a peur de les frapper et dont la santé mentale s'est détériorée. Le père, qui a recommencé à consommer de la drogue, est agressif et violent;

- 20 novembre 1996: requête du Ministre pour obtenir la tutelle permanente;

- 25 novembre 1996: interdiction par le Ministre de tout contact avec les enfants qu'il n'a pas préalablement autorisé (art. 13 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (ci-après la «Loi»)). Visites supervisées d'une heure toutes les deux semaines au cours desquelles le père ne peut contrôler ses émotions. Les fillettes sont tristes, troublées, préoccupées et elles appréhendent les visites;

- 2 décembre 1996: ordonnance de garde intérimaire des enfants. Question de l'accès laissée à la discrétion du Ministre;

- 30 janvier 1997: interdiction par le Ministre de tout contact jusqu'au procès. Raisons: non-respect des consignes antérieures, fillettes affectées de façon négative par les visites;

- 24 au 28 février et 3 mars 1997: audition sur la tutelle permanente;

- 20 mars 1997: ordonnance de tutelle permanente des trois enfants en faveur du Ministre rendue par le juge Boisvert. Jugement porté en appel par les parents qui continuent de chercher à contacter leurs enfants en se rendant à quelques reprises à l'école de l'aînée et en publiant un article dans le journal local. L'aînée est troublée;

- 8 mai 1997: émission d'une ordonnance par le juge Boisvert interdisant aux parents tout contact avec les enfants à la demande du Ministre en vertu du par. 60(2) de la Loi;

- 22 septembre 1997: appel accueilli en partie. L'ordonnance de tutelle permanente est maintenue mais le Ministre doit préparer un plan relatif à l'exercice du droit de visite;

- 9 janvier 1998: permission d'en appeler du jugement de la Cour d'appel accordée;

- 13 février 1998: audition sur l'approbation du plan relatif à l'exercice du droit de visite reportée de 60 jours par le juge Deschênes;

- March 16, 1998: motion to stay the execution of the judgment of the Court of Appeal granted by this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2

1 In this Act

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

- (a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;
- (b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;
- (c) the effect upon the child of any disruption of the child’s sense of continuity;
- (d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child’s custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;
- (e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;
- (f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and
- (g) the child’s cultural and religious heritage;

13 The Minister, where he considers it to be in the best interests of the child to do so, may prohibit in writing any person from visiting, writing to, telephoning or otherwise communicating with a child in care, his parent or his foster parent, and any person who violates a prohibition in writing executed under this section having been given notice of the prohibition, or who otherwise in any way interferes with a child in care without the Minister’s consent, commits an offence.

- 16 mars 1998: requête en vue de surseoir à l’exécution du jugement de la Cour d’appel accueillie par cette Cour.

II. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2

1 Dans la présente loi

«intérêt supérieur de l’enfant» désigne l’intérêt supérieur de l’enfant dans les circonstances, compte tenu

- a) de l’état de santé mentale, affective et physique de l’enfant et du besoin qu’il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;
- b) des vues et préférences de l’enfant lorsqu’il est raisonnablement possible de les connaître;
- c) de l’effet sur l’enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;
- d) de l’amour, de l’affection et des liens qui existent entre l’enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l’enfant et, le cas échéant, chaque grandparent de l’enfant;
- e) des avantages de tout projet de prise en charge de l’enfant par le Ministre comparés à l’avantage pour l’enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;
- f) du besoin pour l’enfant d’être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et
- g) du patrimoine culturel et religieux de l’enfant;

13 Lorsqu’il estime que c’est dans l’intérêt supérieur de l’enfant, le Ministre peut interdire par écrit à quiconque de rendre visite, d’écrire, ou de téléphoner à un enfant pris en charge, à son parent ou parent nourricier ou de communiquer par tout autre moyen avec eux; commet une infraction toute personne qui, avisée d’une interdiction faite par écrit en application du présent article, y passe outre ou contrecarre de toute autre façon un enfant pris en charge, sans le consentement du Ministre.

43 In this Part

“guardianship agreement” means an agreement entered into under paragraph 44(1)(b) between the parent and the Minister permanently transferring from the parent to the Minister the guardianship of the child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child;

“guardianship order” means an order made under section 56 which transfers to the Minister the guardianship of the child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child;

44(2.1) The Minister shall not enter into a guardianship agreement unless

(a) the Minister plans to place the child for adoption

45(3) Where the child is in care under a guardianship agreement the Minister shall

(a) provide care for the child that will meet his physical, emotional, religious, educational, social, cultural and recreational needs;

(b) provide for the support of the child; and

(c) consider any wishes that the child expresses with regard to any placement or planning the Minister proposes;

and the Minister has full parental rights and shall exercise full parental responsibilities with respect to the child.

52(1) The court has jurisdiction to hear and determine any application made under this Part.

53(1) Notwithstanding any existing agreement or order, where a matter is before the court pursuant to an application made under this Part the court may

(a) make an order under section 54, 55, 56, 57, or 58;

(b) by order vary, terminate, or extend any such order as authorized by section 60;

(c) dismiss the application where the court is satisfied that there is insufficient cause to make an order; or

43 Dans la présente Partie

«entente de tutelle» désigne une entente conclue entre le parent et le Ministre en application de l’alinéa 44(1)b) et en vertu de laquelle le parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle de l’enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l’égard de l’enfant;

«ordonnance de tutelle» désigne une ordonnance rendue en application de l’article 56 et en vertu de laquelle la tutelle de l’enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et responsabilités de parent à l’égard de l’enfant, est transférée au Ministre;

44(2.1) Le Ministre ne doit pas conclure une entente de tutelle à moins

a) qu’il n’ait en vue de placer l’enfant pour adoption

45(3) Lorsque l’enfant est pris en charge en vertu d’une entente de tutelle, le Ministre

a) pourvoit aux besoins physiques et matériels, affectifs, religieux, éducationnels, sociaux et culturels de l’enfant ainsi qu’à ses besoins en matière de loisirs;

b) pourvoit au soutien de l’enfant; et

c) prend en considération les vœux que l’enfant exprime à l’égard de tout placement ou projet que recommande le Ministre;

et le Ministre dispose des pleins droits parentaux et exerce les pleines responsabilités parentales à l’égard de l’enfant.

52(1) La cour a compétence pour entendre toute demande faite en application de la présente Partie et pour statuer à cet égard.

53(1) Par dérogation à toute entente ou ordonnance en vigueur, la cour, saisie d’une question en vertu d’une demande faite en application de la présente Partie, peut

a) rendre une ordonnance en application de l’article 54, 55, 56, 57 ou 58;

b) ordonner que cette ordonnance soit modifiée, prorogée ou qu’il y soit mis fin ainsi que l’article 60 l’y autorise;

c) rejeter la demande si la cour est convaincue qu’il n’y a pas de motifs suffisants pour rendre une ordonnance; ou

(d) subject to subsection (3), adjourn the hearing from time to time.

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

56(1) The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child.

56(2) Where a child is in care under a guardianship order the Minister shall meet those obligations set out in subsection 45(3) with respect to a child in care under a guardianship agreement.

56(3) Where a child is in care under a guardianship order the Minister may return the child to the former parent periodically, as the Minister considers appropriate, but such action shall not be construed as a release or waiver by the Minister of any rights and obligations under the order with respect to the custody, care and control of the child.

56(4) A guardianship order remains in effect until the child

- (a) is adopted,
- (b) marries, or
- (c) reaches the age of majority,

or until an order is made under subsection 60(6).

58(1) The court may make a protective intervention order directed to any person who, in the opinion of the court, is a source of danger to a child's security or development.

58(2) A protective intervention order may contain such provisions as the court considers to be in the best interests of the child, including a direction to the person named in the order to do either or both of the following:

- (a) to cease to reside in the same premises in which the child resides;
- (b) to refrain from any contact or association with the child.

58(3) A protective intervention order may be made in conjunction with any other order that the court may make under this Part.

d) sous réserve du paragraphe (3), ajourner l'audience de temps à autre.

53(2) Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

56(1) La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d'un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant.

56(2) Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle, le Ministre doit s'acquitter à son égard des obligations énoncées au paragraphe 45(3).

56(3) Le Ministre peut, ainsi qu'il le juge bon, renvoyer périodiquement à son ancien parent un enfant pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle, mais une telle mesure ne doit pas être interprétée comme une renonciation du Ministre aux droits et obligations que l'ordonnance lui confère à l'égard de la garde, la charge et la direction de l'enfant.

56(4) Une ordonnance de tutelle reste en vigueur jusqu'à ce que l'enfant

- a) soit adopté,
- b) se marie, ou
- c) devienne majeur,

ou jusqu'à ce qu'une ordonnance soit rendue en application du paragraphe 60(6).

58(1) La cour peut rendre une ordonnance d'intervention protectrice visant quiconque constitue, à son avis, une menace pour la sécurité et le développement de l'enfant.

58(2) Une ordonnance d'intervention protectrice peut contenir toute disposition que la cour estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris un ordre donné à la personne désignée dans l'ordonnance de faire une ou les deux choses suivantes:

- a) de cesser de résider dans les locaux où réside l'enfant,
- b) de s'abstenir de communiquer avec l'enfant ou de le fréquenter.

58(3) Une ordonnance d'intervention protectrice peut être rendue de concert avec toute autre ordonnance que la cour peut rendre en application de la présente Partie.

59(1) Any order or decision made under this Part may be appealed within thirty days of the order or decision to The Court of Appeal of New Brunswick.

59(4) On appeal, the court may

- (a) affirm the order, with or without modification;
- (b) terminate the order;
- (c) remit the order with directions to the court below; or
- (d) give any judgment or make any order that in its opinion ought to have been given or made in the court below.

60(2) The Minister may, in the prescribed form and after notice as set out in section 52, apply to the court to have an order made under sections 54 to 58 varied, extended or terminated or to have another order made in substitution for or in addition to an existing order.

60(6) Upon hearing an application the court, if satisfied that it is in the best interests of the child to do so, may make such order authorized by this Part as it considers appropriate.

61(1) Where a child is in care under a guardianship order or a guardianship agreement and at least six months have elapsed from the making of the order or agreement or from any previous review of the order or agreement, a child or former parent of the child may apply to the court in the prescribed form to vary or terminate the order or agreement.

85(2) Except where a person adopts a child of his spouse, an adoption order, from the date it is made,

- (a) severs the tie the child had with his natural parent or guardian or any other person in whose custody the child has been, by divesting the parent, guardian or other person of all parental rights in respect of the child, including any right of access that is not preserved by the court, and freeing that person from all parental responsibilities for the support of the child;
- (b) free the child from all obligations, including support, with respect to his natural parent or any other person in whose custody he has been; and

59(1) Il peut être interjeté appel de toute ordonnance ou décision rendue en application de la présente Partie devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans les trente jours de l'ordonnance ou de la décision.

59(4) En appel, la cour peut

- a) confirmer l'ordonnance, avec ou sans modification;
- b) mettre fin à l'ordonnance; ou
- c) renvoyer l'ordonnance, avec directives, à la cour inférieure; ou
- d) rendre tout jugement ou toute ordonnance que la cour inférieure, à son avis, aurait dû rendre.

60(2) Le Ministre, après en avoir donné avis comme indiqué à l'article 52, peut demander à la cour, en la forme prescrite par règlement, de modifier ou proroger une ordonnance rendue en application des articles 54 à 58 ou d'y mettre fin, ou de rendre une autre ordonnance en remplacement ou en supplément d'une ordonnance en vigueur.

60(6) Après audition d'une demande, la cour peut rendre toute ordonnance autorisée par la présente Partie qu'elle estime opportune si elle est convaincue que c'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

61(1) Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle ou d'une entente de tutelle et qu'au moins six mois se sont écoulés depuis l'ordonnance ou l'entente ou depuis une révision antérieure de l'ordonnance ou de l'entente, l'enfant ou son ancien parent peut faire une demande à la cour, selon la formule prescrite, afin de faire modifier l'ordonnance ou l'entente ou d'y mettre fin.

85(2) Sauf lorsqu'une personne adopte l'enfant de son conjoint, l'ordonnance d'adoption, à compter de la date à laquelle elle est rendue,

- a) rompt le lien qui unissait l'enfant à son parent naturel, à son tuteur ou à toute personne qui avait la garde de l'enfant en leur enlevant tous leurs droits parentaux à l'égard de celui-ci, y compris tout droit de visite qui n'est pas maintenu par la cour et en les libérant de toute responsabilité parentale relativement au soutien de l'enfant;
- b) libère l'enfant de toutes les obligations, y compris de soutien, qu'il peut avoir envers son parent naturel ou toute autre personne qui avait la garde de l'enfant; et

(c) unless specifically preserved by the order in accordance with the express wishes of the natural parent, severs the right of the child to inherit from his natural parent or kindred;

but an adoption order does not terminate or affect any rights the child has that flow from his cultural heritage, including aboriginal rights.

III. Judicial History

1. *Court of Queen's Bench, Family Division*, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL)

On March 20, 1997, pursuant to s. 56 of the Act, Boisvert J. made an order for permanent guardianship of the respondents' three children. The respondents had then been cohabiting for 16 years. They were both receiving social assistance, and their marital life was described as [TRANSLATION] "dysfunctional" by Boisvert J., in that it had been characterized by numerous break-ups and reconciliations (para. 10).

At the time the order for permanent guardianship was made, R.L. was 33 years old. He had attended primary school only. His criminal record showed several convictions for theft. He had started taking drugs at the age of 14 and had serious dependency problems. Boisvert J. noted that R.L. had a tendency to deny the obvious, to blame others and to minimize the seriousness of his drug and marital problems. He was reluctant to believe R.L., who claimed that he was no longer taking drugs at the time of the trial, and decided that there was a possibility of a relapse.

M. L. was 36 years old at the time of the trial. She cannot read or write. Her intellectual capacity is limited and she requires medical supervision for anxiety and depression. She suffers from behavioural and impulsive disorders. Boisvert J. believed that her parenting skills could not improve significantly because care of the children was itself a source of great anxiety for her.

He concluded that the guardianship order was in the best interests of the children because the

c) retire à l'enfant le droit d'hériter de son parent naturel ou de ses proches parents, sauf si l'ordonnance maintient spécifiquement ce droit conformément aux vœux formels du parent naturel,

mais elle ne met pas fin ni ne porte atteinte aux droits que l'enfant tient de son héritage culturel, y compris les droits aborigènes.

III. Jugements antérieurs

1. *Cour du Banc de la Reine, Division de la famille*, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL)

Le 20 mars 1997, le juge Boisvert, en application de l'art. 56 de la Loi, rend une ordonnance de tutelle permanente des trois enfants des intimés. Ceux-ci font alors vie commune depuis 16 ans. Ils sont tous deux prestataires d'assistance sociale et leur vie conjugale est qualifiée de «dysfonctionnelle» par le juge Boisvert car elle a été marquée de nombreuses ruptures et réconciliations (par. 10).

Lors du prononcé de l'ordonnance de tutelle permanente, R.L. est âgé de 33 ans. Il n'a fréquenté que l'école primaire. Son dossier criminel fait état de condamnations pour vol. Il a commencé à prendre de la drogue à l'âge de 14 ans et éprouve de graves problèmes de dépendance. Le juge Boisvert souligne que R.L. a tendance à nier l'évidence, à blâmer les autres et à minimiser l'importance de ses problèmes de drogue et de vie conjugale. Il hésite à croire R.L. qui prétend ne plus consommer de drogue lors du procès et décide de retenir la possibilité d'une rechute.

M.L. a 36 ans lors du procès. Elle ne peut ni lire ni écrire. Ses facultés intellectuelles sont limitées et elle doit être suivie par des médecins pour des problèmes d'anxiété et de dépression. Elle souffre de troubles de comportement et d'impulsion. Le juge Boisvert estime que ses habiletés parentales ne peuvent s'améliorer de façon significative car la charge même des enfants représente pour elle une source de grande anxiété.

Il conclut que l'ordonnance de tutelle est dans le meilleur intérêt des enfants car les promesses et les

5

6

7

8

respondents' promises and good intentions were insufficient (at paras. 25-26):

[TRANSLATION] The Minister rightly states that things go well with the respondents as long as the children are not with them, and the problems begin again once they return.

[R.L.'s] dependency problems and all the psychic disorders suffered by his wife are a real source of insecurity for the children. The facts clearly indicate that the evidence of the respondents' rehabilitation is insufficient to warrant the risk of putting the children in their custody and thereby interrupting their stability. [Emphasis added.]

9 Adopting the Minister's arguments, Boisvert J. found that R.L. was not assuming his responsibilities towards the children and that he was continually absent. M.L. generally felt exhausted and out of control. She admitted having hit the children on several occasions. She wanted the Minister to take care of the children because she felt incapable of doing so. The respondents continually exposed their children to their marital disputes. The attempt to return the children to them had been a failure. On the other hand, the girls were making progress with their foster family.

10 Relying on the definition of the best interests of the child set out in s. 1 of the Act, Boisvert J. stated his findings as follows (at para. 41):

[TRANSLATION] (a) The evidence leaves no doubt that the children cannot obtain the appropriate motivation and care from their biological parents. The respondents' parenting skills do not meet the needs of the children. The respondents have failed to demonstrate that they are able to guarantee the children the security, stability and care they need. The mental, emotional and physical health of the children would be jeopardized if they were returned to the respondents.

(b) The views and preferences of the children: the evidence shows that the children are happy in their foster home. The children are young: I believe their lawyer's opinion is important in the determination of the matter. In fact, Ms. Roux is the spokeswoman for the children. Her primary role is, necessarily, to protect their interests. The children's lawyer supports the Minister in his application for a guardianship order.

bonnes intentions des intimés ne suffisent pas (aux par. 25 et 26):

Le ministre a raison de dire que tout va bien chez les intimés aussi longtemps que les enfants ne sont pas avec eux et que les problèmes recommencent dès leur retour.

Les problèmes de dépendance de [R.L.] et tous les malaises d'ordre psychique chez son épouse sont une véritable cause d'insécurité chez les enfants. Les faits démontrent clairement que la preuve de réhabilitation des intimés est insuffisante pour justifier le risque de mettre les enfants sous leur garde et interrompre du même coup leur stabilité. [Je souligne.]

Reprenant les prétentions du Ministre, le juge Boisvert constate que R.L. n'assume pas ses responsabilités vis-à-vis des enfants et qu'il s'absente de façon continue. M.L. se sent généralement épuisée et en perte de contrôle. Elle avoue avoir frappé les enfants à quelques reprises. Elle désire que le Ministre prenne soin des enfants car elle s'en sent incapable. Les intimés exposent continuellement les enfants à leurs disputes conjugales. La tentative de retour des enfants chez eux fut un échec. Par contre, les fillettes font des progrès au sein de leur famille d'accueil.

S'appuyant sur la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant édictée à l'art. 1 de la Loi, le juge Boisvert expose ses conclusions de la façon suivante (au par. 41):

a) La preuve ne laisse aucun doute que les enfants ne peuvent obtenir de leurs parents biologiques la motivation et les soins appropriés. L'habileté parentale des intimés ne répond pas aux besoins des enfants. Les intimés n'ont pas démontré qu'ils sont en mesure d'assurer aux enfants la sécurité, la stabilité et les soins dont elles ont besoin. La santé mentale, affective et physique des enfants serait menacée si elles étaient retournées auprès des intimés.

b) Les vues et préférences des enfants: la preuve démontre que les enfants sont heureuses dans leur foyer d'accueil. Les enfants sont jeunes: j'estime que l'opinion de leur avocate est importante dans la détermination de la matière. En fait, M^e Roux est le porte-parole des enfants. Nécessairement, son rôle principal est de protéger leurs intérêts. L'avocate des enfants appuie le ministre dans sa demande pour une ordonnance de tutelle.

(c) In view of the Minister's plans, the ties of affection between the children are not threatened. The children have developed emotional ties with their foster family. It is undeniable that the children are aware of their biological parents, but it would be illogical to return the children to the respondents for the sole reason that they will probably feel, for at least some time, a certain anxiety because of the breaking of ties with the respondents.

(d) In view of the record, no further intervention could be of any utility for the respondents. They are, in my opinion, incapable of taking advantage of the assistance offered by the applicant.

(e) From any standpoint, the Minister's plans are superior to those of the respondents.

(f) I believe that the family environment cannot guarantee the security to which each child is entitled. They cannot achieve their full potential within their family.

(g) In view of the couple's separations and difficulties, the female respondent's psychic deficiencies, her inability to adequately care for her children, and the male respondent's drug problems, the family environment can only harm the children's development. A return of the children to the natural parents would have harmful consequences for them.

(h) The children cannot obtain from their natural parents the appropriate motivation and care.

(i) Neither the cultural nor the religious heritage appear to be threatened.

In view of these findings, Boisvert J. made an order for permanent guardianship of the children, the effect of which was to transfer to the Minister the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the children.

On May 8, 1997, pursuant to s. 60(2) of the Act, on the application of the Minister, Boisvert J. made an order prohibiting the parents from having any contact with the children:

The respondents, [M.L.] and [R.L.], are ordered not to have any contact, association or any form of communication with the children or foster parents. This prohibition extends to any and all attempts by the respondents

c) Compte tenu des plans du ministre, les liens d'affection entre les enfants ne sont pas menacés. Les enfants ont développé des liens affectifs avec leur famille d'accueil. On ne peut nier que les enfants connaissent leurs parents biologiques, mais il serait illogique de retourner les enfants aux intimés pour le seul motif qu'elles vont probablement ressentir, pour quelque temps du moins, une certaine inquiétude en raison du bris des liens avec les intimés.

d) Compte tenu des antécédents, aucune autre intervention ne pourrait être de quelque utilité pour les intimés. Ils sont incapables, à mon avis, de prendre avantage de l'aide offerte par le requérant.

e) De tout point de repère, les plans du ministre sont supérieurs à ceux des intimés.

f) J'estime que le milieu familial ne peut garantir la sécurité dont chaque enfant a droit. Dans leur famille, elles ne peuvent réaliser pleinement leur potentiel.

g) Compte tenu des séparations et difficultés de couple, des carences psychiques de l'intimée, de son incapacité de s'occuper adéquatement de ses enfants, des problèmes de drogue de l'intimé, le milieu familial ne peut que nuire au développement des enfants. Un retour des enfants chez les parents naturels aurait des conséquences néfastes pour elles.

h) Les enfants ne peuvent obtenir de leurs parents naturels la motivation et les soins appropriés.

i) Ni le patrimoine culturel ou religieux ne semble menacé.

Vu ces conclusions, le juge Boisvert émet une ordonnance de tutelle permanente des enfants ayant pour effet de transférer au Ministre leur garde, leur charge, leur direction ainsi que tous les droits et responsabilités des parents.

Le 8 mai 1997, en application du par. 60(2) de la Loi, à la demande du Ministre, le juge Boisvert émet une ordonnance interdisant aux parents tout contact avec les enfants:

[TRADUCTION] Il est interdit aux intimés, [M.L.] et [R.L.], de rencontrer les enfants ou les parents nourriciers, d'entrer en contact ou de communiquer avec eux de quelque façon que ce soit. Cette interdiction vise aussi toute tentative de la part des intimés de communiquer avec les enfants ou avec les parents nourriciers par

to communicate with the children or the foster parents through the written press, radio or television.

At all times, the respondents shall remain at least one half mile away from any place where either of the three children are located.

He gave the following reasons for his decision:

In my view, this order is necessary and in the best interest of the children because the evidence, that I have before me, showed that the attempts by the respondents to contact the children are greatly disturbing to their sense of security and stability. [Emphasis added.]

2. *New Brunswick Court of Appeal*, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL)

12 In a brief judgment handed down on September 22, 1997, the Court of Appeal allowed the parents' appeal in part, setting aside the judgment of Boisvert J. concerning the order prohibiting access, but leaving the permanent guardianship order intact. The Court of Appeal stated its reasons as follows (at paras. 1-2):

[TRANSLATION] The appellants did not plead any error of law in the decision of the trial judge. Nevertheless, the Court is of the opinion that there is nothing on the record that would warrant the complete abrogation of access by the natural parents, or the finding that the abrogation of such rights would be in the interest of the children. This issue was not addressed by the trial judge in his reasons.

An order shall go that the Minister shall present to the trial judge for approval a plan in relation to the exercise of the natural parents' visiting right that has been prepared following consultation with the foster family and the preparation of the necessary expert reports concerning the terms and conditions in which such access shall be exercised. [Emphasis added.]

3. *Court of Queen's Bench, Family Division*, [1998] A.N.-B. n° 46 (QL)

13 The Minister submitted to Deschênes J. a report from the foster family and a psychologist, which was intended as an unequivocal warning against granting access. Deschênes J. believed that the Court of Appeal judgment required that he consider the terms and conditions upon which access

l'entremise de la presse écrite, de la radio ou de la télévision.

En tout temps, les intimés devront se trouver à une distance supérieure à un demi-mille de l'une ou l'autre des trois enfants.

Il motive ainsi sa décision:

[TRADUCTION] À mon avis, la présente ordonnance est nécessaire et elle est rendue dans l'intérêt supérieur des enfants parce que la preuve présentée devant moi établit que les tentatives des intimés pour entrer en contact avec les enfants perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité. [Je souligne.]

2. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL)

Dans un jugement succinct rendu le 22 septembre 1997, la Cour d'appel accueille en partie l'appel des parents en infirmant le jugement du juge Boisvert concernant l'ordonnance d'interdiction d'accès, l'ordonnance de tutelle permanente demeurant intacte. Les motifs de la Cour d'appel sont exprimés de la façon suivante (aux par. 1 et 2):

Les appelants n'ont soulevé aucune erreur de droit dans la décision du juge d'instance. Néanmoins, la Cour est d'avis que rien au dossier ne justifiait l'abrogation totale du droit de visite des parents naturels, ou la conclusion que l'abrogation de ces droits serait dans l'intérêt des enfants. Cette question n'a pas été abordée par le juge d'instance dans ses motifs.

Il est ordonné au Ministre de présenter au juge d'instance pour approbation un plan relatif à l'exercice du droit de visite des parents naturels qui aura été établi suite à une consultation avec la famille d'accueil, et à la préparation d'expertises nécessaires quant aux conditions d'exercice du droit en question. [Je souligne.]

3. *Cour du Banc de la Reine, Division de la famille*, [1998] A.N.-B. n° 46 (QL)

Le Ministre soumet au juge Deschênes un rapport de la famille d'accueil et d'une psychologue se voulant une mise en garde sans équivoque contre l'octroi d'un droit de visite. Le juge Deschênes estime que le jugement de la Cour d'appel lui impose d'étudier les modalités de l'exercice d'un

would be exercised, and not its appropriateness. In order to give the parents and counsel for the children time to review the reports and respond to them, Deschênes J. postponed the hearing for two months.

In his judgment, he expressed his failure to understand the judgment of the Court of Appeal, and noted that at the time of the hearing on appeal, [TRANSLATION] “Boisvert J. had expressly addressed the parents’ access rights and had rendered his decision prohibiting any communication between the respondents and the children” (para. 7).

IV. Issues

1. Do the courts (Court of Queen’s Bench and Court of Appeal) have jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship, either under the Act or by virtue of their *parens patriae* jurisdiction?
2. Did the Court of Appeal err in holding that there was “nothing” to justify the trial judge’s finding that it was in the interests of the children that they continue to have no contact with the respondents?

V. Analysis

1. *Jurisdiction of the courts to make an access order*

(a) Change in the parties’ status

The legislature has provided for the consequences of a permanent guardianship order, in s. 56(1) of the Act:

56(1) The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child. [Emphasis added.]

Parents have rights in order that they may fulfil their obligations towards their children. When they are relieved of all of their obligations, they lose the corresponding rights, including the right of access. After a permanent guardianship order is made,

droit d’accès et non son bien-fondé. Afin de donner aux parents ainsi qu’au procureur des enfants le temps de prendre connaissance des rapports et d’y répondre, le juge Deschênes reporte l’audition à deux mois.

Dans son jugement, il exprime son incompréhension devant le jugement rendu par la Cour d’appel et note qu’au moment de l’audition en appel, «le juge Boisvert avait effectivement traité explicitement des droits de visite des parents et avait rendu sa décision interdisant toute communication entre les intimés et les enfants» (par. 7).

IV. Questions en litige

1. Les tribunaux (Cour du Banc de la Reine et Cour d’appel) sont-ils compétents pour greffer une ordonnance d’accès à une ordonnance de tutelle permanente et ce, en vertu de la Loi ou en raison de leur compétence *parens patriae*?
2. La Cour d’appel a-t-elle erré en jugeant que «rien» ne justifiait la conclusion du juge de première instance suivant laquelle l’intérêt des enfants était de continuer à ne pas avoir de contacts avec les intimés?

V. Analyse

1. *Compétence des tribunaux pour émettre une ordonnance d’accès*

a) Le changement d’état des parties

Le législateur prévoit les conséquences d’une ordonnance de tutelle permanente au par. 56(1) de la Loi:

56(1) La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d’un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l’égard de l’enfant. [Je souligne.]

Les parents sont titulaires de droits afin de pouvoir remplir leurs obligations envers leurs enfants. Dans la mesure où ils sont déchargés de toutes leurs obligations, ils perdent les droits correspondants, y compris le droit d’accès. Après l’ordon-

14

15

16

17

access is a right that belongs to the child, and not to the parents. The Court of Appeal did not recognize that the parents had a right of access; it simply allowed them to have access to the children. It used the expression “right” in the sense of permission.

18 When the Minister becomes the guardian of a child, he “has full parental rights and shall exercise full parental responsibilities” (s. 45(3)). He has an obligation to provide care for the child “that will meet his physical, emotional, religious, educational, social, cultural and recreational needs” (ss. 45(3)(a) and 56(2)) (emphasis added). Unlike a custody agreement, a guardianship order does not impose an obligation on the Minister to allow access to the child under his guardianship (see ss. 48(1) and 55(4) of the Act). The legislature has provided that where a child is in his care the Minister “may return the child to the former parent periodically, as the Minister considers appropriate” (s. 56(3)) (emphasis added). I am of the view that the expression “may” means “must” where that is in the best interests of the child.

19 Section 13 of the Act gives the Minister the power to prohibit all contact between the child and his or her parents, where the Minister considers it to be in the best interests of the child to do so. Any violation of the Minister’s decision constitutes an offence. On November 25, 1996, before the hearing on permanent guardianship, the Minister used this power and notified the respondents that any contact with their children would require prior authorization. On January 30, 1997, the respondents having failed to abide by his decision, the Minister prohibited them from having any contact with the girls.

20 Under ss. 13, 45(3) and 56(2) of the Act, the Minister in effect has the necessary discretion to grant or deny the parents access or visiting rights.

21 The court has the power to prohibit the parents from having access to their children. Section 58(1) of the Act provides that the court “may make a protective intervention order directed to any per-

nance de tutelle permanente, l’accès est un droit dont l’enfant est titulaire et non pas ses parents. La Cour d’appel n’a pas reconnu l’existence d’un droit de visite des parents, elle leur a simplement permis d’avoir accès aux enfants. Elle a employé l’expression «droit» dans le sens de permission.

Lorsque le Ministre devient le tuteur d’un enfant, il «dispose des pleins droits parentaux et exerce les pleines responsabilités parentales» (par. 45(3)). Il a l’obligation de pourvoir aux «besoins physiques et matériels, affectifs, religieux, éducationnels, sociaux et culturels de l’enfant ainsi qu’à ses besoins en matière de loisirs» (al. 45(3)a) et par. 56(2)) (je souligne). Une ordonnance de tutelle, contrairement à une entente de garde, ne comporte pas d’obligation pour le Ministre de permettre l’accès à l’enfant sous sa tutelle (voir les par. 48(1) et 55(4) de la Loi). Le législateur a prévu que le Ministre «peut, ainsi qu’il le juge bon, renvoyer périodiquement à son ancien parent» l’enfant qu’il a pris en charge (par. 56(3)) (je souligne). Je suis d’avis que l’expression «peut» signifie «doit» lorsque cela est dans le meilleur intérêt de l’enfant.

L’article 13 de la Loi donne au Ministre le pouvoir d’interdire tout contact entre l’enfant et ses parents, lorsqu’il estime que cela est dans l’intérêt supérieur de l’enfant. Toute contravention à la décision du Ministre constitue une infraction. En date du 25 novembre 1996, avant l’audition sur la tutelle permanente, le Ministre s’est prévalu de ce pouvoir et a signifié aux intimés que tout contact avec leurs enfants devait être préalablement autorisé. Le 30 janvier 1997, les intimés n’ayant pas respecté la décision du Ministre, celui-ci leur a interdit tout contact avec les fillettes.

En vertu de l’art. 13 et des par. 45(3) et 56(2) de la Loi, le Ministre dispose effectivement de la discrétion nécessaire pour accorder ou refuser un droit d’accès ou de visite aux parents.

La cour dispose du pouvoir d’interdire aux parents l’accès à leurs enfants. En effet, le par. 58(1) de la Loi édicte que la cour «peut rendre une ordonnance d’intervention protectrice visant

son who, in the opinion of the court, is a source of danger to a child's security or development". Section 58(2) specifies that a protective intervention order may contain "such provisions as the court considers to be in the best interests of the child, including a direction" to a person "to refrain from any contact or association with the child".

While it is clear that the court "may" protect a child from the harmful consequences of his or her parents exercising a right of access, the question still arises as to whether the court may, on the contrary, order that the child shall benefit from a visiting right. The Minister contends that the legislature has made no provision for the courts to have this power, and that he alone may exercise it.

(b) Jurisdiction of the court in respect of access

Boisvert J. prohibited the respondents from having any contact with their children, at the request of the Minister, who had applied under s. 60(2) of the Act:

60(2) The Minister may, in the prescribed form and after notice as set out in section 52, apply to the court to have an order made under sections 54 to 58 varied, extended or terminated or to have another order made in substitution for or in addition to an existing order. [Emphasis added.]

Section 52(1) provides as follows:

52(1) The court has jurisdiction to hear and determine any application made under this Part. [Emphasis added.]

In asking the court to "vary" its original order so as to prohibit access, the Minister acknowledged that the court had jurisdiction to make such a ruling at the time of the original order as well.

In *Re M.A.G.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443, at p. 451, the New Brunswick Court of Appeal, *per* Hoyt J.A., took this approach: "If access is in the best interests of the child and thus permitted at the review stage surely access is an option when the order is made initially".

quiconque constitue, à son avis, une menace pour la sécurité et le développement de l'enfant». Le paragraphe 58(2) spécifie que l'ordonnance d'intervention protectrice peut contenir «toute disposition que la cour estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris un ordre donné» à une personne de «s'abstenir de communiquer avec l'enfant ou de le fréquenter».

S'il est clair que la cour «peut» protéger un enfant des conséquences néfastes de l'exercice d'un droit d'accès par ses parents, la question se pose toujours de savoir si la cour peut ordonner, au contraire, que l'enfant doit bénéficier d'un droit de visite. Le Ministre allègue que le législateur n'a pas prévu que les tribunaux aient cette faculté et qu'il est le seul à en disposer.

(b) Compétence de la cour en matière d'accès

Le juge Boisvert a interdit aux intimés tout contact avec leurs enfants et ce, à la demande du Ministre qui s'est prévalu du par. 60(2) de la Loi:

60(2) Le Ministre, après en avoir donné avis comme indiqué à l'article 52, peut demander à la cour, en la forme prescrite par règlement, de modifier ou proroger une ordonnance rendue en application des articles 54 à 58 ou d'y mettre fin, ou de rendre une autre ordonnance en remplacement ou en supplément d'une ordonnance en vigueur. [Je souligne.]

Par ailleurs, le par. 52(1) prévoit:

52(1) La cour a compétence pour entendre toute demande faite en application de la présente Partie et pour statuer à cet égard. [Je souligne.]

En demandant à la cour de «modifier» son ordonnance originale pour interdire l'accès, le Ministre reconnaissait à la cour la compétence de statuer aussi dès l'ordonnance initiale.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, sous la plume du juge Hoyt, dans l'affaire *Re M.A.G.* (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 443, à la p. 451, a retenu cette approche: [TRADUCTION] «Si le droit de visite est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il peut donc faire l'objet d'un examen, le droit de visite est sûrement une option au moment où l'ordonnance est rendue».

22

23

24

25 The parents also have the right to ask the court to “vary” and even to terminate a guardianship order. They may make such an application six months after the order was made (ss. 60(3) and 61(1)). They lose that right if the child has been placed for adoption within that period (s. 61(4)).

26 In my view, it is absurd to argue that the legislature believed that it could never be in the best interests of the child for the courts to be able to decide whether the natural parents should have access to their child before six months had elapsed since the making of the order for permanent guardianship. In my opinion, the six-month period is intended only to avoid repetitive applications.

27 In short, the Act provides for the guardianship order to be varied on the application of the Minister (s. 60(2)) or the parents (ss. 60(3) and 61(1)) and for the court to be able to make any order that it considers appropriate at that time, having regard to the best interests of the child (s. 60(6)). Access may be considered when the guardianship order is reviewed. *A fortiori*, the court must be able to consider granting access at the time the initial order is made.

28 Section 85(2) of the Act, which deals with access at the adoption stage, confirms this interpretation of the courts’ initial jurisdiction in respect of access:

85(2) Except where a person adopts a child of his spouse, an adoption order, from the date it is made,

(a) severs the tie the child had with his natural parent or guardian or any other person in whose custody the child has been, by divesting the parent, guardian or other person of all parental rights in respect of the child, including any right of access that is not preserved by the court, and freeing that person from all parental responsibilities for the support of the child; [Emphasis added.]

29 If the court has the power to “preserve” a right of access after adoption, a measure that is even more drastic and final than permanent guardian-

Les parents ont également le droit de demander à la cour de «modifier» et même de mettre fin à une ordonnance de tutelle. Ils peuvent présenter cette demande six mois après que l’ordonnance eut été rendue (par. 60(3) et 61(1)). Ils perdent ce droit si l’enfant a été placé pour adoption à l’intérieur de cette période (par. 61(4)).

À mon avis, il est absurde de prétendre que le législateur a considéré qu’il ne pouvait jamais être dans le meilleur intérêt de l’enfant que les tribunaux puissent juger de la faculté des parents naturels d’avoir accès à leur enfant avant que six mois ne se soient écoulés après le prononcé de l’ordonnance de tutelle permanente. Selon moi, le délai de six mois ne vise qu’à écarter une multiplicité de recours.

En somme, la Loi prévoit la modification de l’ordonnance de tutelle à la demande du Ministre (par. 60(2)) ou des parents (par. 60(3) et 61(1)) ainsi que la possibilité de rendre toute ordonnance que la cour estime opportune à ce moment, compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant (par. 60(6)). Le droit de visite peut faire l’objet d’un examen au moment de la révision de l’ordonnance de tutelle. *A fortiori*, la cour doit pouvoir considérer l’octroi d’un droit de visite au moment où l’ordonnance initiale est rendue.

Le paragraphe 85(2) de la Loi, qui traite de l’accès au stade de l’adoption, confirme l’interprétation de la compétence initiale des tribunaux en matière d’accès:

85(2) Sauf lorsqu’une personne adopte l’enfant de son conjoint, l’ordonnance d’adoption, à compter de la date à laquelle elle est rendue,

a) rompt le lien qui unissait l’enfant à son parent naturel, à son tuteur ou à toute personne qui avait la garde de l’enfant en leur enlevant tous leurs droits parentaux à l’égard de celui-ci, y compris tout droit de visite qui n’est pas maintenu par la cour et en les libérant de toute responsabilité parentale relativement au soutien de l’enfant; [Je souligne.]

Si la cour détient le pouvoir de «maintenir» un droit de visite après l’adoption, mesure encore plus drastique et définitive que la tutelle permanente, il

ship, it would be illogical for it not to have the power to grant access when it makes the initial permanent guardianship order.

This interpretation of the Act is consistent with what was intended by the legislature, that is, the best interests of the child. Any other interpretation would leave the question of access entirely in the Minister's hands. This would not be desirable, in that the children might suffer, for example, from administrative oversights, lack of communication or tensions between the people involved (see *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337 (Alta. C.A.), at p. 344; *Children's Aid Society of Winnipeg v. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326 (Man. C.A.), at p. 331).

To summarize, I am of the view that the New Brunswick legislature has given the courts jurisdiction to decide access rights, since it requires that they "place above all other considerations the best interests of the child" (s. 53(2)). Denying the courts the opportunity to decide whether an access order should be made could prevent them from performing their duty of acting in the best interests of the child. It is not surprising that the New Brunswick courts, supported by the judgment of the Court of Appeal in *Re M.A.G.*, *supra*, have generally found that they possess this jurisdiction.

Moreover, a judge hearing an application by the Minister for permanent guardianship of a child is in an excellent position to assess the consequences of granting access. The judge hears the testimony and submissions of all the parties involved, and of their expert witnesses, and has the power, where necessary, to order additional evidence on the question of access. In this instance, he is in a position to hear and draw the necessary conclusions from the evidence relating to what happened on earlier visits.

In view of these conclusions, there is no need to consider the second head of jurisdiction relied on by the respondents, namely *parens patriae*.

serait illogique qu'elle n'ait pas le pouvoir d'occulter un droit de visite lors de l'ordonnance initiale de tutelle permanente.

Cette interprétation de la Loi va dans le sens voulu par le législateur à savoir, l'intérêt supérieur de l'enfant. Une autre interprétation laisserait le Ministre maître en matière d'accès. Cela n'est pas souhaitable dans la mesure où les enfants pourraient pâtir par exemple, de carences administratives, d'un manque de communication ou encore de tensions entre les intéressés (voir *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337 (C.A. Alb.), à la p. 344; *Children's Aid Society of Winnipeg c. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326 (C.A. Man.), à la p. 331).

En résumé, je suis d'avis que le législateur du Nouveau-Brunswick donne la compétence aux tribunaux de se prononcer sur les droits de visite car il leur impose de «placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération» (par. 53(2)). Refuser aux tribunaux la possibilité de se prononcer quant au bien-fondé d'une ordonnance d'accès pourrait les empêcher d'exécuter leur devoir d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il n'est pas étonnant de constater que les tribunaux du Nouveau-Brunswick, forts du jugement rendu par leur Cour d'appel dans l'affaire *Re M.A.G.*, précitée, ont généralement jugé qu'ils étaient compétents.

En outre, le juge saisi d'une requête du Ministre pour l'obtention de la tutelle permanente d'un enfant se trouve dans une position tout à fait privilégiée pour juger des conséquences de l'octroi d'un droit d'accès. Il entend en effet le témoignage et les prétentions de toutes les parties concernées ainsi que de leurs experts et il est en mesure, au besoin, d'ordonner une preuve supplémentaire sur la question de l'accès. En l'espèce, il est en mesure d'entendre et de tirer les conclusions qui s'imposent de la preuve sur le déroulement des visites antérieures.

Vu ces conclusions, il n'y a pas lieu de traiter du deuxième chef de compétence invoqué par les intimés, soit *parens patriae*.

30

31

32

33

2. Did the Court of Appeal err in holding that there was “nothing” to justify the trial judge’s finding that it was in the interests of the children that they continue to have no contact with the respondents?

(a) Intervention by an appellate court

34 The appellant contends that the Court of Appeal should not have substituted its discretion for that of the trial judge. This Court has stated on a number of occasions that the trial judge is in the best position to decide the best interests of the child. In *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621, Spence J. wrote (at pp. 625-26):

Again our courts have been unanimous that the most authoritative pronouncement thereon is by the trial court judge who hears the evidence and assesses it. . . . However, as to custody issues, that caution must, in my view, become very strong indeed. Those issues are so intensely personal that the trial court judge is able to do, and does, far more than merely assigning credibility. [Emphasis added.]

35 More recently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073, at p. 1077, the Court, per L’Heureux-Dubé J., described the function of an appellate court in family law matters as follows:

. . . trial judges’ decisions, particularly in matters of family law, should not be interfered with lightly by appellate courts absent an error in principle, a failure to consider all relevant factors, a consideration of an irrelevant factor or a lack of factual support for the judgment

36 Accordingly, appellate courts will be circumspect, especially where the trial judgment is detailed and meticulous (see *T. (A.H.) v. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241 (Alta. C.A.), at p. 245; *Turgeon v. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL) (C.A.); *Dombovary v. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318).

2. La Cour d’appel a-t-elle erré en jugeant que «rien» ne justifiait le juge de première instance de conclure que l’intérêt des enfants était de continuer à ne pas avoir de contacts avec les intimés?

a) Intervention d’un tribunal d’appel

L’appelant reproche à la Cour d’appel d’avoir substitué sa discrétion à celle du juge de première instance. Notre Cour s’est prononcée à plusieurs reprises sur la position privilégiée du juge de première instance pour décider du meilleur intérêt de l’enfant. Dans l’arrêt *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621, le juge Spence écrit (aux pp. 625 et 626):

Nos tribunaux ont été de nouveau unanimes à juger que la décision la plus autorisée à ce sujet est celle du juge de première instance qui entend la preuve et l’évalue. . . . D’ailleurs, en matière de litiges sur la garde d’enfants, il faut redoubler de prudence. Ces questions sont si personnelles que le juge de première instance peut faire et fait beaucoup plus que se prononcer simplement sur la crédibilité. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, à la p. 1077, la Cour, sous la plume du juge L’Heureux-Dubé, décrit la fonction d’une juridiction d’appel en matière de droit de la famille comme suit:

. . . les décisions de première instance, particulièrement en matière de droit de la famille, ne devraient pas être modifiées à la légère par les cours d’appel sauf en cas d’erreur de principe, défaut d’examiner tous les facteurs pertinents, considération d’un facteur qui n’est pas pertinent ou absence de faits à l’appui du jugement

Les tribunaux d’appel font par conséquent preuve de retenue et ce, surtout lorsque le jugement de première instance est détaillé et minutieux (voir *T. (A.H.) c. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241 (C.A. Alb.), à la p. 245; *Turgeon c. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL) (C.A.); *Dombovary c. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318).

(b) Relevant factors in respect of access

The decision to be made concerning access, like all decisions concerning the child, must be made in the child's best interests. Under s. 1, the determination of the best interests of the child takes into consideration:

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(g) the child's cultural and religious heritage; [Emphasis added.]

An order for permanent guardianship is the result of a consideration of the best interests of the child. In considering whether visiting or access rights should be granted, the judge cannot ignore the fact that he or she has first found it necessary to remove the child from the parents' care completely and permanently, so that the child's welfare will not be jeopardized any further. The judge must therefore consider whether more limited contact might still be beneficial for the child.

My consideration of whether access should be granted is based on the following principles. First, there is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. Second, access is the exception and not the rule.

b) Critères pertinents concernant l'accès

La décision à prendre concernant l'accès doit, comme toutes celles qui concernent l'enfant, être prise dans son meilleur intérêt. En vertu de l'art. 1, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant tient compte:

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l'enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l'enfant;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant; [Je souligne.]

L'ordonnance de tutelle permanente est le résultat d'une étude du meilleur intérêt de l'enfant. Dans l'étude du bien-fondé d'un droit de visite ou d'accès, le juge ne peut ignorer le fait qu'il a d'abord jugé nécessaire de retirer complètement et de façon permanente l'enfant de la charge de ses parents et ce, pour que son bien-être cesse d'être compromis. Le juge doit donc se poser la question de savoir si un contact plus restreint serait néanmoins bénéfique pour l'enfant.

Mon étude sur l'opportunité d'un droit d'accès s'articule autour des principes suivants. Premièrement, il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'octroi d'une ordonnance de tutelle permanente et d'une ordonnance d'accès. Deuxième-

37

38

39

Third, the principle of preserving family ties cannot come into play in respect of granting access unless it is in the best interests of the child to do so, having regard to all the other relevant factors. Fourth, an adoption, which is in the best interests of the child, must not be hampered by the existence of a right of access. Fifth, access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child.

(i) *No inconsistency in principle between guardianship and access*

40

In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 207, L'Heureux-Dubé J. concluded:

In the present case, none of the exceptions set out in s. 59(2) is applicable and none has been proven. Permanent placement has been established with a family who wishes to adopt S.M.; S.M. is under twelve years of age; and further, she refuses to maintain contact with her mother. In the presence of such overwhelming evidence, the appellant has been unable to discharge her burden under the Act. Although there may be cases where temporary or transitional access could be beneficial to the child, in the present case the situation does not appear, realistically, to allow for such a solution. Consequently, the Act must apply. The strong evidence provided by Dr. Wilkes and Ms. De Sousa leaves little room for any order other than that of Crown wardship without access, in the best interests of S.M. [Emphasis added.]

Thus the Court has already considered the possibility, under Ontario legislation, of access coexisting with a permanent guardianship order.

41

In *Re M.A.G.*, *supra*, at p. 451, in the Court of Appeal, the Minister urged that owing to the fact that a guardianship order is generally a prelude to adoption, and that potential adoptive parents may be discouraged by the existence of an access right, it would be illogical to grant access at the same

ment, l'accès constitue l'exception et non la règle. Troisièmement, le principe du maintien des liens familiaux ne pourra jouer au niveau de l'octroi d'un droit d'accès que si cela est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les autres facteurs pertinents. Quatrièmement, l'adoption, qui est par ailleurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne doit pas être entravée par l'existence d'un droit d'accès. Cinquièmement, un droit d'accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l'enfant.

(i) *Absence d'incompatibilité de principe entre la tutelle et l'accès*

Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, à la p. 207, le juge L'Heureux-Dubé conclut:

En l'espèce, aucune des exceptions visées au par. 59(2) n'est applicable, et aucune n'a été prouvée. On a établi un placement permanent dans une famille qui désire adopter S.M.; celle-ci est âgée de moins de douze ans et, de plus, elle refuse de rester en contact avec sa mère. En présence d'une preuve aussi écrasante, l'appelante n'a pas été en mesure de s'acquitter de la charge que lui imposait la Loi. Il peut certes y avoir des cas où l'octroi d'un droit de visite temporaire ou provisoire pourrait être avantageux pour un enfant, mais cette solution ne paraît pas être réaliste en l'espèce. En conséquence, la Loi doit s'appliquer. Compte tenu de la preuve solide présentée par le Dr Wilkes et M^{me} De Sousa, la seule ordonnance qui puisse être rendue, dans l'intérêt véritable de S.M., est une ordonnance de tutelle par la Couronne, sans droit de visite. [Je souligne.]

La Cour a donc déjà envisagé, dans le cadre de la législation ontarienne, la coexistence d'un droit d'accès avec une ordonnance de tutelle permanente.

Dans l'affaire *Re M.A.G.*, précitée, à la p. 451, devant la Cour d'appel, le Ministre a soutenu avec vigueur qu'en raison du fait que l'ordonnance de tutelle est généralement le prélude à une adoption et que les parents adoptifs potentiels risquent d'être découragés par l'existence d'un droit de visite, il serait illogique d'accorder un droit de

time as a guardianship order. Hoyt J.A. felt, with good reason, that these concerns were exaggerated.

There is no inconsistency in principle between access and guardianship. For one thing, while it is true that permanent guardianship is generally a prelude to adoption, that is not always the case, as it may not be in the best interests of the child in question. For example, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Jackson* (1991), 121 N.B.R. (2d) 434 (Q.B.), it was held that it was in the best interests of the child, a 14-year-old girl, that she remain in her foster family in accordance with her wishes and in view of the abuse perpetrated by her mother's spouse, but that she could communicate with her mother. The wishes of the child, who was 13 years old, were also determinative in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL) (Q.B.).

In addition, even where the Minister intends to try to find an adoptive family for a child under his guardianship, it may be in the best interests of the child to maintain contact with his or her natural family. Section 85(2) of the Act provides that the court may preserve a right of access even after adoption. For instance, it may be necessary to ensure a child's emotional stability by keeping him or her in the foster family, so that the child does not have to live with a parent who is unable to provide for his or her welfare but can nevertheless have the opportunity to maintain and cultivate an emotional tie with that parent (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL) (Q.B.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.* (1990), 109 N.B.R. (2d) 202 (Q.B.)).

(ii) *Access: the exception and not the rule*

A review of the case law and legislation of the other provinces shows that access is the exception and not the rule in the context of a permanent guardianship order. In Ontario and Nova Scotia, the legislation creates a presumption that any right of access is revoked, and sets out the exceptional

visite en même temps qu'une ordonnance de tutelle. Le juge Hoyt a estimé, avec raison, que ces inquiétudes étaient exagérées.

Il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'accès et la tutelle. D'une part, s'il est exact que la tutelle permanente est généralement un pré-lude à l'adoption, cela n'est pas toujours le cas car l'adoption peut ne pas être dans le meilleur intérêt de l'enfant concerné. Par exemple, dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. Jackson* (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 434 (B.R.), on a jugé qu'il était dans le meilleur intérêt de l'enfant, une jeune fille de 14 ans, qu'elle reste dans sa famille d'accueil suivant son désir et vu les abus perpétrés par le conjoint de sa mère, mais qu'elle puisse communiquer avec celle-ci. Les volontés de l'enfant, âgé de 13 ans, furent également déterminantes dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL) (B.R.).

D'autre part, même lorsque le Ministre a l'intention de rechercher une famille d'adoption pour un enfant sous sa tutelle, il peut être dans le meilleur intérêt de celui-ci de garder contact avec sa famille naturelle. Le paragraphe 85(2) de la Loi prévoit que la cour peut maintenir un droit de visite même après l'adoption. Ainsi, il peut être nécessaire d'assurer la stabilité émotive d'un enfant en le maintenant dans son foyer d'accueil, pour qu'il ne soit pas obligé de vivre avec un parent incapable d'assurer son bien-être mais qu'il puisse tout de même conserver et cultiver un lien affectif avec lui (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL) (B.R.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 202 (B.R.)).

(ii) *L'accès: l'exception et non la règle*

Il ressort de l'étude de la jurisprudence ainsi que de la législation des autres provinces que l'accès constitue l'exception et non la règle dans le contexte d'une ordonnance de tutelle permanente. En Ontario et en Nouvelle-Écosse, la loi crée une présomption de révocation du droit de visite et précise

42

43

44

circumstances in which an access order may be made.

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11

59. . . .

(2) Where a child is made a Crown ward under paragraph 3 of subsection 57 (1), the court shall not make an order for access by the person who had charge of the child immediately before intervention under this Part unless the court is satisfied that,

- (a) permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible, and the person's access will not impair the child's future opportunities for such placement;
- (b) the child is at least twelve years of age and wishes to maintain contact with the person;
- (c) the child has been or will be placed with a person who does not wish to adopt the child; or
- (d) some other special circumstance justifies making an order for access.

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5

47 . . .

(2) Where an order for permanent care and custody is made, the court may make an order for access by a parent or guardian or other person, but the court shall not make such an order unless the court is satisfied that

- (a) permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible and the person's access will not impair the child's future opportunities for such placement;
- (b) the child is at least twelve years of age and wishes to maintain contact with that person;
- (c) the child has been or will be placed with a person who does not wish to adopt the child; or
- (d) some other special circumstance justifies making an order for access.

The burden of proving the existence of one of these exceptional circumstances rests on the person claiming the access rights (*Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41

les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une ordonnance de visite peut être rendue.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11

59 . . .

(2) Si l'enfant devient pupille de la Couronne aux termes de la disposition 3 du paragraphe 57 (1), le tribunal ne doit rendre l'ordonnance accordant un droit de visite à la personne responsable de l'enfant immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie que dans l'une des circonstances suivantes:

- a) le placement permanent dans un milieu familial n'a pas été prévu ou n'est pas possible et le droit de visite de cette personne ne compromettra pas les possibilités futures de ce placement;
- b) l'enfant est âgé d'au moins douze ans et désire rester en rapport avec cette personne;
- c) l'enfant a été ou sera placé chez une personne qui ne désire pas l'adopter;
- d) une autre circonstance particulière justifie cette ordonnance.

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5

[TRADUCTION] 47 . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de tutelle permanente est rendue, le tribunal peut, par ordonnance, accorder un droit de visite au père ou à la mère, au tuteur ou à une autre personne, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes:

- a) le placement permanent dans un milieu familial n'a pas été prévu ou n'est pas possible et le droit de visite ne compromettra pas les possibilités futures de ce placement;
- b) l'enfant est âgé d'au moins douze ans et désire rester en rapport avec cette personne;
- c) l'enfant a été ou sera placé chez une personne qui ne désire pas l'adopter; ou
- d) une autre circonstance particulière justifie cette ordonnance.

Le fardeau de prouver l'existence de l'une de ces circonstances exceptionnelles incombe à la personne réclamant le droit de visite (*Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)*

R.F.L. (2d) 321 (N.S.S.C.A.D.), at p. 335; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288 (Fam. Ct.), at pp. 306-7).

In New Brunswick, the legislature has not chosen to create a presumption that access is revoked. In practice, and in accordance with the judgment of the Court of Appeal in *Re M.A.G.*, *supra*, at pp. 451-52: “It will only be in rare situations that access will be ordered and it may be that in these rare situations it is not appropriate for that child to be placed for adoption.” (Emphasis added.) This statement of the applicable law seems to me to be entirely accurate, and is consistent with what was said by Esson J.A. in *Superintendent of Family and Child Service v. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225 (B.C.C.A.).

(iii) *Preservation of family ties: a factor*

While a liberal interpretation of the Act is called for, to protect the integrity of the family and avert family breakdown (s. 2), the best interests of the child must remain the primary consideration.

The Ontario Act is regarded as one of the least interventionist, in that it emphasizes the importance of preserving the family unit. This Court has held, however, that preserving the family unit plays an important role only if it is in the best interests of the child (*Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, *supra*). This Court has also held on numerous occasions that pursuing and protecting the best interests of the child must take precedence over the wishes and interests of the parent (*King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3). In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra*, at p. 191, L'Heureux-Dubé J. stated: “Thus, the value of maintaining a family unit intact is evaluated in contemplation of what is best for the child, rather than for the parent. In order to respect the wording as well as the spirit of

(1992), 41 R.F.L. (3d) 321 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 335; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288 (Trib. fam.), aux pp. 306 et 307).

Au Nouveau-Brunswick, le législateur n'a pas jugé bon de créer une présomption de révocation du droit de visite. En pratique, et conformément au jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Re M.A.G.*, précitée, aux pp. 451 et 452: [TRADUCTION] «Ce n'est que dans de rares situations que le droit de visite sera ordonné et il peut se faire que dans ces rares situations, il ne soit pas approprié de placer cet enfant en vue de l'adoption.» (Je souligne.) Cet énoncé du droit applicable me paraît tout à fait juste et rejoint celui du juge Esson dans l'affaire *Superintendent of Family and Child Service c. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225 (C.A.C.-B.).

(iii) *La préservation des liens familiaux: un facteur*

Il est vrai qu'une interprétation large de la Loi est requise afin de préserver l'intégrité de la famille et d'éviter sa rupture (art. 2). Toutefois, l'intérêt supérieur de l'enfant doit demeurer le point cardinal.

La loi ontarienne est considérée comme l'une des moins interventionnistes car elle met l'accent sur l'importance du maintien de la cellule familiale. Nous avons cependant jugé que le maintien de la cellule familiale occupe une place importante seulement s'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant (*Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, précité). Nous avons également affirmé à plusieurs reprises que la poursuite et la protection de l'intérêt de l'enfant doivent avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent (*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3). Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, à la p. 191, le juge L'Heureux-Dubé s'exprime ainsi: «En conséquence, la valeur que comporte le maintien de la cellule familiale est fonction de ce qui est le mieux pour l'enfant plutôt

45

46

47

the Act, it is crucial that this child-centred focus not be lost”.

48 I conclude that while preserving emotional ties is one of the elements of the definition of the best interests of the child (s. 1(d)), it will only operate in favour of granting access if access is in the best interests of the child, having regard to all the other factors.

49 Thus, if there is an emotional bond between the child and the parent, it should be preserved, as long as it is not contrary to the other interests of the child such as security or psychological health (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.D.* (1994), 145 N.B.R. (2d) 14 (Q.B.)). On the other hand, a child and a parent who are not attached to each other may not be granted access if the effect of doing so would be to disturb the child (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 274 (Q.B.)). The child’s wishes, where the child is capable of expressing them, is an important consideration (ss. 6(1) and 45(3)(c) of the Act).

(iv) *Adoption as a priority*

50 If adoption is more important than access for the welfare of the child and would be jeopardized if a right of access were exercised, access should not be granted (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.N.* (1997), 194 N.B.R. (2d) 204 (Q.B.)). In other words, the courts must not allow the parents to “sabotage” an adoption that would be beneficial for the child (*Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL) (Prov. Ct.)). In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL) (Q.B.), the child was severely disabled, both physically and mentally. In view of the evidence that the mother was interfering inappropriately in the foster family’s life and was thereby reducing the already slim chances of finding adoptive parents, Athey J. refused to grant access (see also: *Children’s Aid Society of the District of Thunder Bay v. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL) (Prov.

que pour les parents. Si l’on veut se conformer au libellé et à l’esprit de la Loi, il est essentiel de se rappeler que l’accent est mis sur l’enfant».

Je conclus que, s’il est vrai que le maintien des liens affectifs constitue l’un des éléments de la définition de l’intérêt supérieur de l’enfant (al. 1d)), il ne jouera en faveur de l’octroi d’un droit d’accès que si celui-ci est dans le meilleur intérêt de l’enfant en tenant compte de tous les autres facteurs.

Ainsi, si un lien affectif existe entre l’enfant et son parent, il doit être préservé, tant qu’il n’est pas contraire à d’autres intérêts de l’enfant, tels sa sécurité ou sa santé psychologique (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. B.D.* (1994), 145 R.N.-B. (2^e) 14 (B.R.)). Par contre, un enfant et un parent qui ne sont pas attachés l’un à l’autre pourront ne pas faire l’objet d’un droit d’accès si cela doit avoir pour effet de troubler l’enfant (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G.* (1997), 193 R.N.-B. (2^e) 274 (B.R.)). La volonté de l’enfant, lorsqu’il est en mesure de l’exprimer, est un facteur important (par. 6(1) et al. 45(3)c) de la Loi).

(iv) *Priorité à l’adoption*

Si l’adoption est plus importante que l’accès pour le bien-être de l’enfant et qu’elle serait mise en péril par l’exercice d’un droit de visite, celui-ci ne devrait pas être accordé (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.N.* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 204 (B.R.)). Autrement dit, les tribunaux ne doivent pas laisser les parents [TRADUCTION] «saboter» une adoption bénéfique pour l’enfant (*Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL) (C. prov.)). Dans l’affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL) (B.R.), l’enfant était handicapée sévèrement, tant physiquement que mentalement. Devant la preuve que la mère intervenait intempestivement dans la vie de la famille d’accueil et diminuait par conséquent les chances déjà minces de trouver des parents adoptifs, le juge Athey a refusé d’accorder un droit de visite (voir aussi: *Children’s Aid*

Div.), and *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL) (Gen. Div.)). Because of the urgent need to find the child an adoptive home, access was denied to the extent it was unduly delaying the adoption process (see: *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)).

(v) *Interests and needs of the child to take priority*

The decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the judge weigh the various components of the best interests of the child. It is up to the judge to determine which of the child's interests and needs take priority (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (Q.B.), at para. 41). A child's emotional stability is of prime importance. If the child is unduly disturbed by access, it is generally not granted (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.* (1991), 117 N.B.R. (2d) 229 (Q.B.), at p. 239; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. P.P.* (1990), 117 N.B.R. (2d) 222 (Q.B.)).

The evidence as to how access has been exercised is particularly relevant, since it relates both to the attitude of the parent and to the effects of the visits on the child. Every parent must place his or her child's interests ahead of the parent's own. The parent's inability to do so, and the harm suffered by the child, are factors that may result in access being prohibited. This will be the case, for example, where the parent is violent, manipulative, unstable or unable to control his or her emotions. With regard to the effects of the visits on the child, signs such as sadness, anxiety, regression, the reappearance or exacerbation of behavioural problems, mood and nightmares may evidence harm. (See: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL) (Q.B.); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.*, *supra*,

Society of the District of Thunder Bay c. T.T., [1992] O.J. No. 2975 (QL) (Div. prov.), et *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL) (Div. gén.)). En fonction de l'urgence pour l'enfant de trouver un foyer d'adoption, on a refusé l'accès dans la mesure où cela entraînait un retard indu du processus d'adoption (voir: *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)).

(v) *Intérêts et besoins prioritaires de l'enfant*

La décision d'accorder ou non un droit d'accès est un exercice délicat qui exige du juge qu'il apprécie les divers éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il lui appartient de déterminer ses intérêts et besoins prioritaires (voir *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (B.R.), au par. 41). La stabilité émotionnelle d'un enfant est de première importance. Si l'enfant est indûment troublé par un droit de visite, celui-ci n'est généralement pas accordé (voir *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.* (1991), 117 R.N.-B. (2^e) 229 (B.R.), à la p. 239; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. P.P.* (1990), 117 R.N.-B. (2^e) 222 (B.R.)).

La preuve de la façon dont s'est exercé un droit de visite est très pertinente, à la fois quant à l'attitude du parent et quant aux effets des visites sur l'enfant. Tout parent doit faire passer l'intérêt de son enfant avant le sien. Son incapacité de le faire, jointe au préjudice subi par l'enfant, sont des indications pouvant mener à une interdiction d'accès. Tel sera le cas par exemple, lorsque le parent est violent, manipulateur, instable ou qu'il ne peut contrôler ses émotions. Quant aux effets des visites sur l'enfant, des signes tels que la tristesse, l'anxiété, la régression, le retour ou l'aggravation de problèmes de comportement ou de l'humeur, les cauchemars peuvent être révélateurs de préjudice. (Voir: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL) (B.R.); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.*, précité,

51

52

at p. 235; *Director of Child Welfare (Alta.) v. A.C.* (1991), 121 A.R. 301 (Prov. Ct.) In short, the parents must be worthy of being “visitors in their child’s life”, in the words of Judge Cook-Stanhope in *Alberta (Director of Child Welfare) v. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL) (Prov. Ct.), at para. 94.

(c) Application to the facts of this case

53 The respondent M.L. relies on the judgment of the Court of Appeal and submits that it is in the best interests of the children that they maintain contact with their parents, for one or two hours a month, or however frequently the court might deem appropriate.

54 The first judgment of Boisvert J. dealt with the permanent guardianship order. In the second judgment, he allowed the Minister’s application for a prohibition on access for the reason already quoted: “In my view, this order is necessary and in the best interest of the children because the evidence, that I have before me, showed that the attempts by the respondents to contact the children are greatly disturbing to their sense of security and stability” (emphasis added).

55 I am of the view that Boisvert J. gave valid reasons for his decision to deny access. While he stated only one fundamental reason, and did not specify the precise behaviour on the part of the respondents that had disturbed the children, he returned to the evidence before him and his first judgment, rendered after a six-day trial, provides the necessary details.

56 The evidence shows serious misconduct by the parent in both minor and major matters. They have demonstrated their inability to put the girls’ interests before their own. For instance, they exposed the children to their marital disputes, and frequently involved the children in them. They called the eldest as often as five or six times a day. They did not abide by the visiting schedule and brought the children back earlier than agreed to because they did not feel able to keep them any longer. They violated the terms laid down for the visits by

à la p. 235; *Director of Child Welfare (Alta.) c. A.C.* (1991), 121 A.R. 301 (C. prov.) Bref, les parents doivent être dignes d’être des [TRADUCTION] «visiteurs dans la vie de leur enfant» selon la formule du juge Cook-Stanhope dans l’affaire *Alberta (Director of Child Welfare) c. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL) (C. prov.), au par. 94.

c) Application aux faits de l’espèce

L’intimée M.L. se prévaut du jugement de la Cour d’appel et allègue qu’il est dans l’intérêt supérieur des enfants qu’ils gardent contact avec leurs parents et ce, à raison d’une heure ou deux par mois, ou à toute autre fréquence que la cour pourrait juger appropriée.

Le premier jugement du juge Boisvert porte sur l’ordonnance de tutelle permanente. Par le second, il accueille la requête du Ministre pour l’obtention d’une interdiction d’accès pour le motif déjà cité: [TRADUCTION] «À mon avis, la présente ordonnance est nécessaire et elle est rendue dans l’intérêt supérieur des enfants parce que la preuve présentée devant moi établit que les tentatives des intimés pour entrer en contact avec les enfants perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité» (je souligne).

Je suis d’avis que le juge Boisvert a valablement motivé sa décision de refuser l’accès. Il est vrai qu’il n’énonce qu’une raison de principe et qu’il ne fait pas état de comportements précis des intimés qui ont troublé les enfants. Toutefois, il fait référence à la preuve dont il a été saisi et son premier jugement, rendu après six jours de procès, fournit tous les détails nécessaires.

La preuve révèle, dans les petites et les grandes choses, de sérieuses défaillances de conduite chez les parents. Ils se sont montrés incapables de faire passer les intérêts des fillettes avant les leurs. Ainsi, ils ont exposé et impliqué fréquemment les enfants dans leurs disputes conjugales. Ils ont appelé l’aînée jusqu’à cinq ou six fois par jour. Ils n’ont pas respecté l’horaire des visites et ont ramené les enfants plus tôt que prévu car ils ne se sentaient pas capables de les garder plus longtemps. Ils ont violé les conditions fixées pour

trying to meet the children in public places on days other than those arranged. Although they were not entitled to write to the children, they hid a letter in one of the eldest's dolls, and this upset her greatly. After the respondents were prohibited from seeing their children, they refused to give them their toys.

The visits are difficult for M.L., who runs out of patience and energy after a few hours. On numerous occasions, she asked that the frequency and length of the visits be cut back. In September 1995, it was agreed that there would be three visits a week and that the children would sleep at their parents' home on Saturday evening. In early October 1995, the schedule provided for two three-hour visits a week. In December, the children were spending no more than an hour every two weeks with their parents. The visits took place in the offices of the Department of Health and Community Services, in the presence of a support worker. For M.L., they were an ordeal which she was unable to face up to. She was stressed and depressed.

R.L. is unstable and absent. He does not help M.L. He manipulated the eldest girl by asking her to lie to the social worker and used her to get in touch with his wife during one of their numerous separations. He is unable to control his emotions during visits and cries in front of the children. The children get upset and feel obliged to comfort him. On several occasions, they asked to go back to their foster family earlier than arranged. They are apprehensive about subsequent visits and prefer not to see their father rather than to see him cry.

At the trial in respect of the guardianship order, the Minister's plan was adoption. In her testimony, the foster mother expressed her own and her husband's desire to adopt the three sisters. She expressed her concern, however, that the natural parents would blame them and would interfere with their family life.

Boisvert J. examined the situation carefully. His refusal to authorize access is based on valid con-

les visites en cherchant à rencontrer les enfants dans des lieux publics en dehors des journées prévues. Alors qu'ils n'avaient pas le droit d'écrire aux enfants, ils ont caché une lettre dans l'une des poupées de l'aînée qui en a été bouleversée. Après s'être vus interdire de voir leurs enfants, les intimés ont refusé de leur donner leurs jouets.

Les visites sont difficiles pour M.L. qui perd patience et énergie au bout de quelques heures. À de nombreuses reprises, elle demande que la fréquence et la durée des visites soient réduites. Au mois de septembre 1995, il est convenu que trois visites par semaine auront lieu et que les enfants dormiront chez leurs parents le samedi soir. Au début du mois d'octobre 1995, l'horaire prévoit deux visites de trois heures chacune par semaine. En décembre, les enfants ne passent plus qu'une heure toutes les deux semaines avec leurs parents. Les visites ont lieu aux bureaux du ministère de la Santé et des Services communautaires en présence d'une travailleuse de soutien. Elles sont pour M.L. une épreuve qu'elle n'a pas la force d'assumer. Elle est stressée et déprimée.

R.L. est instable et absent. Il n'aide pas M.L. Il manipule l'aînée en lui demandant de mentir à la travailleuse sociale et en se servant d'elle pour entrer en contact avec sa femme lors de l'une de leurs nombreuses séparations. Il ne réussit pas à contrôler ses émotions lors des visites et pleure devant les enfants. Celles-ci sont bouleversées et se sentent obligées de le reconforter. Elles ont demandé à plusieurs reprises de rentrer plus tôt que prévu dans leur famille d'accueil. Elles anticipent avec appréhension les visites subséquentes et préfèrent ne pas voir leur père plutôt que de le voir pleurer.

Lors du procès sur l'ordonnance de tutelle, le plan du Ministre était l'adoption. Dans son témoignage, la mère d'accueil a manifesté sa volonté ainsi que celle de son mari d'adopter les trois sœurs. Elle a toutefois exprimé son inquiétude que les parents naturels les blâment et s'immiscent indûment dans leur vie familiale.

Le juge Boisvert a étudié soigneusement la situation. Son refus d'autoriser l'accès repose sur

57

58

59

60

siderations. No manifest error in his assessment of the facts has been established. For one thing, the evidence shows that most of the visits, even though brief, were disturbing and upsetting to the children. Maintaining the emotional tie with the parents was therefore not consistent with the girls' psychological stability. Moreover, the children's adoption could have been jeopardized by an access order.

61 With all due deference, I am of the view that the Court of Appeal's intervention was not warranted.

VI. Conclusion

62 Like the trial judge, the Court of Appeal had jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship.

63 In the instant case, however, the Court of Appeal's decision must be set aside, because it erred in finding that there was "nothing" to justify the trial judge's decision to deny access. For these reasons, the permanent guardianship order dated March 20, 1997, as varied by the order prohibiting access of May 8, 1997, was upheld and the order of the Court of Appeal set aside.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: The Department of Justice, Fredericton, and the Crown Prosecutors Office, Bathurst.

Solicitors for the respondent M.L.: Byrne, Lenihan, Riordon, Bathurst.

Solicitor for the respondent R.L.: Peter J. C. White, Bathurst.

Solicitors for the intervener: Roux Frenette, Bathurst.

des fondements valables. On n'a fait voir aucune erreur manifeste d'appréciation des faits. D'une part, la preuve démontre que la plupart des visites, par ailleurs très courtes, ont troublé et peiné les enfants. Le maintien du lien affectif avec les parents n'était donc pas compatible avec la stabilité psychologique des fillettes. D'autre part, l'adoption des enfants pouvait être mise en péril par une ordonnance d'accès.

En toute déférence, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée.

IV. Conclusion

La Cour d'appel, comme le juge de première instance, était compétente pour greffer une ordonnance d'accès à une ordonnance de tutelle permanente.

En l'espèce, la décision de la Cour d'appel doit cependant être infirmée car celle-ci a erré en jugeant que «rien» ne justifiait la décision du juge de première instance de refuser l'accès. Pour ces raisons, l'ordonnance de tutelle permanente du 20 mars 1997, modifiée par l'ordonnance d'interdiction d'accès du 8 mai 1997, a donc été maintenue et l'ordonnance de la Cour d'appel a été annulée.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Le ministère de la Justice, Fredericton, et le Bureau des procureurs de la Couronne, Bathurst.

Procureurs de l'intimée M.L.: Byrne, Lenihan, Riordon, Bathurst.

Procureur de l'intimé R.L.: Peter J. C. White, Bathurst.

Procureurs de l'intervenante: Roux Frenette, Bathurst.

Marie Sarah Eurig, as Executor of the Estate of Donald Valentine Eurig *Appellant*

v.

The Registrar of the Ontario Court (General Division) and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: EURIG ESTATE (RE)

File No.: 25866.

1998: April 27; 1998: October 22.

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 ONTARIO

Constitutional law — Estates — Executors and administrators — Probate fees — Provincial regulation providing for probate fee based on value of estate administered — Whether probate levy a fee or a tax — Whether ad valorem levy ultra vires on ground that it is an indirect tax — Whether ad valorem levy invalid on ground that it was imposed by body other than provincial legislature — O. Reg. 293/92, s. 2(1) — Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6, s. 5 — Constitution Act, 1867, ss. 53, 54, 90, 92(2).

The appellant is the executor of her late husband's estate. Pursuant to s. 2(1) of O. Reg. 293/92, made under the *Administration of Justice Act*, the total value of the estate required payment of \$5,710 in probate fees in order to obtain letters probate. Section 5(c) of the *Administration of Justice Act* provides that the Lieutenant Governor in Council may make regulations requiring the payment of "fees in respect of proceedings in

Marie Sarah Eurig, à titre d'exécutrice testamentaire de la succession de Donald Valentine Eurig *Appelante*

c.

Le greffier de la Cour de l'Ontario (Division générale) et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION EURIG (RE)

N^o du greffe: 25866.

1998: 27 avril; 1998: 22 octobre.

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 L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Successions — Exécuteurs et administrateurs — Frais d'homologation — La réglementation provinciale prévoit des frais d'homologation calculés selon la valeur de la succession administrée — La somme requise pour l'homologation constitue-t-elle des frais ou une taxe? — Les frais ad valorem sont-ils ultra vires pour le motif qu'ils constituent une taxe indirecte? — Les frais ad valorem sont-ils invalides pour le motif qu'ils sont imposés par un organisme autre que la législature provinciale — Règlement de l'Ontario 293/92, art. 2(1) — Loi sur l'administration de la justice, L.R.O. 1990, ch. A.6, art. 5 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 54, 90, 92(2).

L'appelante est l'exécutrice testamentaire de son défunt mari. Compte tenu de la valeur totale de la succession, des frais de 5 710 \$ étaient payables en application du par. 2(1) du Règlement de l'Ontario 293/92, pris sous le régime de la *Loi sur l'administration de la justice*, pour l'obtention des lettres d'homologation. Aux termes de l'al. 5c) de la *Loi sur l'administration de la justice*, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par

any court” and prescribing the amounts thereof. Section 2(1) of O. Reg. 293/92 sets out a schedule of *ad valorem* fees which must be paid in order to obtain a grant of probate. The appellant applied to the Ontario Court (General Division) for an order that she be issued letters probate without payment of the probate fee and for a declaration that the regulation which required that payment was unlawful. The application and subsequent appeal to the Ontario Court of Appeal were both dismissed.

Held (Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and L’Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The probate levy as enforced at present is a tax, not a fee, according to the criteria set out in this Court’s decision in *Lawson*. With respect to the first criterion, the levy is compulsory and therefore enforceable by law. While probate is not the foundation of the executor’s title but only the authentic evidence of it, that authentication is nonetheless a practical and legal necessity in most cases. The criterion that the fee must be levied by a public body is also satisfied here. The probate levy also meets the criterion that the levy be intended for a public purpose, as the revenue obtained from probate fees is used for the public purpose of defraying the costs of court administration in general, and not simply to offset the costs of granting probate. Another factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided in order for a levy to be considered constitutionally valid. In determining whether that nexus exists, courts will not insist that fees correspond precisely to the cost of the relevant service. As long as a reasonable connection is shown, that will suffice. The evidence in this appeal fails to disclose any correlation between the amount charged for grants of letters probate and the cost of providing that service, indicating that the levy is a tax and not a fee. Although the probate levy is properly characterized as a

règlement, exiger le paiement de «frais relativement à une instance devant un tribunal» et en prescrire le montant. Le paragraphe 2(1) du Règlement de l’Ontario 293/92 prescrit un barème de frais *ad valorem* qui doivent être payés pour obtenir la délivrance de lettres d’homologation. L’appelante a demandé à la Cour de l’Ontario (Division générale) une ordonnance intimant qu’on lui délivre des lettres d’homologation sans qu’elle soit tenue au paiement des frais prévus, ainsi qu’une déclaration d’illégalité visant le règlement exigeant cette somme. Cette demande ainsi que l’appel à la Cour d’appel de l’Ontario ont été rejetés.

Arrêt (les juges Gonthier et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges L’Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Major: Selon les critères établis par notre Cour dans *Lawson*, la somme qui est perçue pour la délivrance de lettres d’homologation constitue, dans son application actuelle, une taxe et non des frais. En ce qui a trait au premier critère, les frais d’homologation sont obligatoires et, partant, exigés par la loi. Même si les lettres d’homologation ne sont pas le fondement de la qualité de l’exécuteur, mais plutôt la preuve authentique de cette qualité, cette authentification n’en est pas moins une nécessité juridique et pratique dans la plupart des cas. Le critère selon lequel la somme exigée doit être perçue par un organisme public est lui aussi respecté en l’espèce. Les sommes requises pour l’homologation satisfont également au critère suivant lequel elles doivent être perçues pour une fin d’intérêt public, étant donné que les recettes tirées des frais d’homologation sont affectées à une telle fin, soit le financement des coûts de l’administration des tribunaux en général, et elles ne servent pas seulement à couvrir les coûts de délivrance des lettres d’homologation. Il est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d’une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni pour que cette somme soit considérée valide au regard de la Constitution. Lorsqu’ils sont appelés à statuer sur l’existence de ce rapport, les tribunaux n’exigent pas que la somme demandée corresponde précisément au coût du service fourni. Dans la mesure où il existe un rapport raisonnable entre le coût du service fourni et la somme exigée, cela suffit. La preuve produite dans le présent pourvoi ne révèle aucune corrélation entre la somme exigée pour la délivrance des lettres d’homologation et le coût de la prestation de ce service, ce qui indique que cette somme constitue une taxe et non des frais. Même si la somme requise pour l’homologation est à juste titre qualifiée de taxe et non de frais, elle est une taxe directe et, partant,

tax, it is a direct tax and therefore *intra vires* the province pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*.

While the Ontario legislature has the authority to implement a direct tax, it must do so in accordance with the requirements set out in the Constitution. Section 53 of the *Constitution Act, 1867* mandates that bills for imposing any tax shall originate in the House of Commons. By virtue of s. 90, s. 53 is rendered applicable to the provinces. Thus, all provincial bills for the imposition of any tax must originate in the legislature. The probate fees in this instance are in substance a tax imposed by the Lieutenant Governor in Council without having originated in the legislature. Since s. 53 was not expressly amended, the province was obliged to abide by its terms. Its failure to do so renders the probate tax imposed under O. Reg. 293/92 unconstitutional.

Regardless of whether s. 53 was complied with, or even if s. 53 is considered redundant at the provincial level, the probate levy is not enforceable as it was not authorized by s. 5 of the *Administration of Justice Act*. While s. 5 authorizes the Lieutenant Governor in Council to impose fees, it does not constitute an express delegation of taxing authority. The Act clearly does not authorize the imposition of a tax, albeit a direct one.

Since s. 54 of the *Constitution Act, 1867* concerns the appropriation of taxes, and not the imposition of taxes, it is not relevant to this appeal.

Per McLachlin and Binnie JJ.: As found by Major J., the probate "fee" imposed under O. Reg. 293/92 is in reality a tax which is *ultra vires* s. 5 of the *Administration of Justice Act*. The interpretation of s. 5 is not assisted by the legislative history of the probate fee under different and more specialized enactments. Section 5 does not contemplate a fee based on the size of the bank account of the person or estate requesting a service or initiating an action as opposed to the cost, however broadly calculated, of providing or administering same. However, Major J. was disagreed with in his conclusion that the tax is unconstitutional by virtue of non-compliance with s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, which applies to the province by virtue of s. 90. Section 53 requires that money bills originate in the House of

intra vires de la province conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Même si la législature de l'Ontario a le pouvoir d'établir une taxe directe, elle doit le faire en conformité avec les exigences énoncées dans la Constitution. L'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que les projets de loi ayant pour objet la création de taxes ou d'impôts prennent naissance à la Chambre des communes. En vertu de l'art. 90, l'art. 53 s'applique aux provinces. Par conséquent, tous les projets de loi provinciaux ayant pour objet la création d'une taxe doivent prendre naissance à l'assemblée législative provinciale. Les frais d'homologation en cause dans la présente espèce sont essentiellement une taxe qui a été établie par le lieutenant-gouverneur en conseil au moyen d'une mesure législative qui n'a pas pris naissance à la législature. Comme l'art. 53 n'a pas été expressément modifié, la province était tenue de se conformer à ses exigences. Son manquement à cet égard rend inconstitutionnelle la taxe d'homologation établie en vertu du Règlement de l'Ontario 293/92.

Que l'art. 53 ait été respecté ou non, ou même qu'il soit considéré comme superflu au niveau provincial, les frais d'homologation ne sont pas exigés par la loi puisqu'ils n'ont pas été autorisés par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*. Bien que l'art. 5 autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à exiger des frais, il ne constitue pas une délégation expresse du pouvoir de taxation. La Loi n'autorise manifestement pas l'établissement d'une taxe, fût-elle directe.

Comme l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise l'affectation des taxes et non leur établissement, il n'est pas pertinent dans le cadre du présent pourvoi.

Les juges McLachlin et Binnie: Comme a conclu le juge Major, les «frais» d'homologation exigés en vertu du Règlement de l'Ontario 293/92 sont en réalité une taxe qui est *ultra vires* de l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*. L'histoire législative de frais d'homologation établis en vertu de textes législatifs différents et plus spécialisés n'est d'aucun secours pour l'interprétation de l'art. 5. L'article 5 ne vise pas la perception — à l'égard d'actes, de services ou d'instances — de frais fondés sur l'importance du compte de banque de la personne ou succession concernée plutôt que sur le coût de la prestation de ces actes, services ou instances, aussi générale que puisse être la définition donnée de ce coût. Il y a cependant désaccord avec la conclusion du juge Major que la taxe d'homologation

Commons. The analysis of Major J. reads the word "bills" out of the section, and takes the section out of the context of the series of sections in the *Constitution Act, 1867* of which it forms a part. Section 53 addresses a state of affairs prior to any "legislation" coming into existence. Regulation 293/92 is not, and never was, a "bill". General principles can and should be used to expound the Constitution, but they cannot alter the thrust of its explicit text.

Per Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): While the probate fee is a tax, and a direct tax within the legislative authority of the province, it is not invalid on the ground that it was imposed by a body other than the legislature of Ontario in contravention of s. 90 (incorporating by reference ss. 53 and 54) of the *Constitution Act, 1867*. The purpose of s. 53 is to provide that bills concerning taxation originate in the House of Commons rather than the Senate. With the abolition of bicameral legislatures in the provinces, s. 53 no longer has significance at the provincial level. Even if s. 53 of the *Constitution Act, 1867* continues to apply to the provinces, the fact that the legislature has authorized the executive to prescribe fees in the form of a tax does not violate s. 53. The tax in the form of probate fees is imposed by s. 5 of the *Administration of Justice Act*. This Act was introduced in the Legislative Assembly of Ontario and therefore cannot violate s. 53. All that the legislature has done is delegate to the Lieutenant Governor in Council the authority to provide for the details of the tax through regulation. The provincial legislature is entitled to delegate taxing powers to its subordinate bodies, including the Lieutenant Governor in Council. Section 54 of the *Constitution Act, 1867* is not relevant to this appeal. Moreover, the probate fees are authorized under s. 5 of the *Administration of Justice Act*. According to the ordinary rules of interpretation, including the legislative history of the impugned provision, s. 5(c) of the *Administration of Justice Act*, which authorizes the Lieutenant Governor in Council to prescribe fees in respect of proceedings in any court, is broad enough to authorize the

est inconstitutionnelle parce qu'elle ne respecte pas l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui s'applique à la province en vertu de l'art. 90 de cette loi. L'article 53 exige que les projets de loi portant affectation de deniers publics prennent naissance à la Chambre des communes. L'analyse du juge Major fait abstraction de la présence de l'expression «projet de loi» dans le texte de l'article et isole celui-ci du contexte du groupe de dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* dont il fait partie. L'article 53 vise la situation qui a cours avant qu'une «mesure législative» ait vu le jour. Le Règlement 293/92 n'est pas et n'a jamais été un «projet de loi». Des principes généraux peuvent et doivent être utilisés pour préciser la Constitution, mais ils ne peuvent pas modifier l'idée maîtresse du texte explicite de la Constitution.

Les juges Gonthier et Bastarache (dissidents): Même si les frais d'homologation sont une taxe, et une taxe directe relevant de la compétence législative de la province, ils ne sont pas invalides parce qu'ils ont été imposés par un autre organisme que la législature de l'Ontario en contravention de l'art. 90 (qui incorpore par renvoi les art. 53 et 54) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'objet de l'art. 53 est de faire en sorte que les projets de loi en matière de taxation prennent naissance à la Chambre des communes plutôt qu'au Sénat. Par suite de l'abolition des législatures bicamérales dans les provinces, l'art. 53 n'a plus d'importance au niveau provincial. Même si l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* continue de s'appliquer aux provinces, le fait que la législature ait autorisé le pouvoir exécutif à fixer des frais sous forme de taxe n'enfreint pas cet article. Cette taxe, qui prend la forme de frais d'homologation, est établie par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, loi qui a été présentée à l'Assemblée législative de l'Ontario et qui, de ce fait, ne peut pas enfreindre l'art. 53. La législature n'a fait que déléguer au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de préciser par règlement le détail de la taxe. La législature provinciale peut déléguer des pouvoirs de taxation à ses organismes subordonnés, y compris au lieutenant-gouverneur en conseil. L'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas pertinent dans le cadre du présent pourvoi. En outre, les frais d'homologation sont autorisés par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*. Suivant les règles d'interprétation ordinaires, y compris l'histoire législative de la disposition contestée, l'al. 5c) de la *Loi sur l'administration de la justice*, qui autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à fixer des frais relativement aux instances devant un tribunal, a une portée suffisamment large pour autoriser le lieutenant-gouverneur en

Lieutenant Governor in Council to impose a direct tax on persons applying for probate.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176; **referred to:** *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161.

By Binnie J.

Referred to: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

By Bastarache J. (dissenting)

Hodge v. The Queen (1883), 9 App. Cas. 117; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Irving Oil Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish a Court of Probate in this Province, and also a Surrogate Court in every District thereof, S.U.C. 1793, 33 Geo. 3, c. 8.

Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6, s. 5.

Constitution Act, 1867, ss. 53, 54, 90, 92(2), (14).

Constitution Act, 1982, ss. 45, 52(1).

Estates Act, R.S.O. 1990, c. E.21.

O. Reg. 293/92, s. 2(1) [rep. & sub. O. Reg. 802/94,

s. 1].

Ontario. Standing Orders of the Legislative Assembly

[as amended in 1992]. Standing Order 56.

conseil à assujettir les personnes qui demandent des lettres d'homologation à une taxe directe.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction faite d'avec l'arrêt: *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176; **arrêts mentionnés:** *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *The King c. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.

Citée par le juge Binnie

Arrêt mentionné: *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Hodge c. The Queen (1883), 9 App. Cas. 117; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Irving Oil Ltd. c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60.

Lois et règlements cités

Act to establish a Court of Probate in this Province, and also a Surrogate Court in every District thereof, S.U.C. 1793, 33 Geo. 3, ch. 8.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 54, 90, 92(2), (14).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 45, 52(1).

Loi sur l'administration de la justice, L.R.O. 1990, ch. A.6, art. 5.

Loi sur les successions, L.R.O. 1990, ch. E.21.

Ontario. Règlement de l'Assemblée législative [modifié en 1992]. Article 56.

Règlement de l'Ontario 293/92, art. 2(1) [abr. & rempl. Règlement de l'Ontario 802/94, art. 1].

Authors Cited

- Anson, William R. *The Law and Custom of the Constitution*, Part 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1897.
- Driedger, Elmer A. "Money Bills and the Senate" (1968), 3 *Ottawa L. Rev.* 25.
- Dussault, René, and Louis Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.
- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Macdonell, Sheard and Hull on *Probate Practice*, 4th ed. By Rodney Hull and Ian M. Hull. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- McConnell, William H. *Commentary on the British North America Act*. Toronto: Macmillan of Canada, 1977.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy*. New York: D. Appleton, 1884.
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "fee".
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Administration of Estates of Deceased Persons*. Toronto: The Commission, 1991.
- Rintoul, Margaret E. *The Solicitor's Guide to Estate Practice in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1990.
- Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 31 O.R. (3d) 777, 96 O.A.C. 354, [1997] O.J. No. 101 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1994), 20 O.R. (3d) 385, 5 E.T.R. (2d) 304, [1994] O.J. No. 2570 (QL), dismissing the appellant's application for a declaration that the imposition of an *ad valorem* levy for grants of letters probate was unlawful. Appeal allowed, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Peter W. Hogg, Q.C., Peter T. Fallis, and J. Gregory Richards, for the appellant.

Tanya Lee, for the respondents.

Doctrine citée

- Anson, William R. *The Law and Custom of the Constitution*, Part 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1897.
- Driedger, Elmer A. «Money Bills and the Senate» (1968), 3 *R.D. Ottawa* 25.
- Dussault, René, et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd. Les Presses de l'Université Laval, 1984.
- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1981.
- Macdonell, Sheard and Hull on *Probate Practice*, 4th ed. By Rodney Hull and Ian M. Hull. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- McConnell, William H. *Commentary on the British North America Act*. Toronto: Macmillan of Canada, 1977.
- Mill, John Stuart. *Principes d'économie politique avec quelques-unes de leurs applications à l'économie sociale*. Tome 1, 3^e éd. Traduit par MM. H. Dussard et Courcelle-Seneuil. Paris: Guillaumin et C^{ie}, Libraires, 1873.
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, «fee».
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Administration of Estates of Deceased Persons*. Toronto: The Commission, 1991.
- Rintoul, Margaret E. *The Solicitor's Guide to Estate Practice in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1990.
- Small, Joan. «Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?» (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 31 O.R. (3d) 777, 96 O.A.C. 354, [1997] O.J. No. 101 (QL), qui a confirmé la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1994), 20 O.R. (3d) 385, 5 E.T.R. (2d) 304, [1994] O.J. No. 2570 (QL), qui avait rejeté la demande de l'appelante visant à faire déclarer illégale l'imposition de frais *ad valorem* pour la délivrance de lettres d'homologation. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Peter W. Hogg, c.r., Peter T. Fallis, et J. Gregory Richards, pour l'appelante.

Tanya Lee, pour les intimés.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MAJOR J. — At issue in this appeal is whether the province of Ontario acted within its legislative authority in imposing an *ad valorem* levy for grants of letters probate.

I. Facts

The appellant is the executor of her late husband's estate. The total value of the estate was \$414,000 which, pursuant to s. 2(1) of O. Reg. 293/92, subsequently amended by O. Reg. 802/94, required payment of \$5,710 in probate fees in order to obtain letters probate. The regulation was purported to be under the authority of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6.

The appellant applied to the Ontario Court (General Division) for an order that she be issued letters probate without payment of the probate fee and for a declaration that the regulation which required that payment was unlawful. The application and subsequent appeal to the Ontario Court of Appeal were both dismissed.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1994), 20 O.R. (3d) 385

Morrison J., in assessing the probate charge, held that the difference between a fee and a tax is that a tax is compulsory, while a fee is only required to be paid where one seeks the services for which it is imposed. In concluding that the

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la province d'Ontario a agi dans le cadre de son pouvoir de légiférer en imposant des frais *ad valorem* pour la délivrance de lettres d'homologation.

I. Les faits

L'appelante est l'exécutrice testamentaire de son défunt mari. Comme la valeur totale de la succession s'élevait à 414 000 \$, des frais de 5 710 \$ étaient payables en vertu du par. 2(1) du Règlement de l'Ontario 293/92, modifié par la suite par le Règlement de l'Ontario 802/94, pour obtenir des lettres d'homologation. Le règlement était censément pris sous le régime de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6.

L'appelante a demandé à la Cour de l'Ontario (Division générale) une ordonnance intimant qu'on lui délivre des lettres d'homologation sans qu'elle soit tenue au paiement des frais prévus, ainsi qu'une déclaration d'illégalité visant le règlement exigeant cette somme. Cette demande ainsi que l'appel à la Cour d'appel de l'Ontario ont été rejetés.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1994), 20 O.R. (3d) 385

Dans l'examen des frais d'homologation, le juge Morrison a conclu que la différence entre des frais et une taxe est que la seconde a un caractère obligatoire, alors que les premiers ne doivent être payés que lorsque quelqu'un fait appel aux ser-

1

2

3

4

charge for probate is a fee and not a tax, he held that probate fees lack the universal application characteristic of a tax. In certain circumstances, executors can administer and distribute the bequest of a deceased without applying for a grant of probate. Also, living persons can arrange their affairs so that there is no necessity for probate. Morrison J. also held that "sliding scale" fees can be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme.

vices auxquels ils s'appliquent. En concluant que la somme exigée pour l'homologation constituait des frais et non une taxe, il a souligné que les frais d'homologation n'ont pas la caractéristique d'une taxe, qui est d'être d'application universelle. Dans certaines circonstances, les exécuteurs peuvent administrer et distribuer les legs du défunt sans avoir à demander la délivrance de lettres d'homologation. De même, une personne peut, de son vivant, arranger ses affaires de telle façon que la procédure d'homologation ne soit pas nécessaire à son décès. Le juge Morrison a aussi statué que des «frais progressifs» peuvent être justifiés en tant que mesure accessoire ou rattachée à un régime de réglementation provincial valide.

5 In rejecting the appellant's submission that the *Administration of Justice Act* does not authorize escalating fees as prescribed by the Regulations, Morrison J. held that the language used in s. 5(c) of the Act, together with the long history of similarly worded statutes providing for escalating probate fees, demonstrated the intention of the legislature to authorize volumetric fees. He therefore dismissed the application.

Le juge Morrison a motivé le rejet de la prétention de l'appelante que la *Loi sur l'administration de la justice* n'autorise pas les frais progressifs prévus par le règlement en disant que le texte de l'al. 5c) de la Loi, conjugué à la longue tradition de dispositions législatives libellées de même façon et prévoyant des frais d'homologation progressifs, démontrait l'intention de la législature d'autoriser des frais volumétriques. Il a donc rejeté la demande.

B. *Ontario Court of Appeal* (1997), 31 O.R. (3d) 777

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1997), 31 O.R. (3d) 777

6 Morden A.C.J.O. held that, in light of the legislative evolution of the probate fee system in Ontario, the *ad valorem* fee structure imposed by the Regulations is properly authorized by s. 5(c) of the *Administration of Justice Act* and is not a revenue-generating device enacted for a purpose not authorized by the Act.

Le juge en chef adjoint de l'Ontario Morden a conclu que, compte tenu de l'évolution législative du système de frais d'homologation en Ontario, le barème de frais *ad valorem* établi par le règlement est valablement autorisé par l'al. 5c) de la *Loi sur l'administration de la justice* et n'est pas un mécanisme générant des recettes pour une fin non autorisée par la Loi.

7 He also held that the charge for probate is a fee and not a tax. A tax is a levy which is enforceable by law, imposed under the authority of the legislature by a public body, and made for a public purpose: *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 363. Although the fee is compulsory and therefore enforceable by law, Morden A.C.J.O. found that it is legislation in relation to s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* and is not aimed at raising a

Il a aussi conclu que la somme exigée pour l'homologation constitue des frais et non une taxe. Une taxe est un prélèvement exigé par la loi, imposé sous l'autorité de la législature, perçu par un organisme public et destiné à une fin d'intérêt public: *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, à la p. 363. Même si ces frais sont obligatoires et donc exigés par la loi, le juge Morden a conclu qu'ils sont établis par une mesure législative qui vise l'objet

revenue under s. 92(2). Thus, the charge for probate did not meet all the requirements of a tax.

Morden A.C.J.O. held that the question of whether the taxing power could be delegated to the Lieutenant Governor in Council pursuant to ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867* did not arise because the fees in question are not taxes. He concluded that even if the fees were considered to be taxes, they were ingredients of a regulatory scheme not covered by ss. 53 and 54. The appeal was dismissed.

III. Issues

On November 27, 1997, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the probate fee, which was imposed by Ontario Regulation 293/92, which was made under s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, invalid on the ground that it is an indirect tax that is outside the legislative authority of the province of Ontario under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Is the probate fee, which was imposed by Ontario Regulation 293/92, which was made under s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, invalid on the ground that it was imposed by a body other than the Legislature of Ontario in contravention of s. 90 (incorporating by reference ss. 53 and 54) of the *Constitution Act, 1867*?

IV. Relevant Constitutional, Statutory and Regulatory Provisions

A. *Constitutional Provisions*

Constitution Act, 1867

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

54. It shall not be lawful for the House of Commons to adopt or pass any Vote, Resolution, Address, or Bill

prévu au par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et non à prélever un revenu au sens du par. 92(2). Par conséquent, les frais d'homologation ne respectaient pas tous les critères d'une taxe.

Le juge Morden a conclu que la question de savoir si le pouvoir de taxation pouvait être délégué au lieutenant-gouverneur en conseil conformément aux art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne se posait pas puisque les frais en cause n'étaient pas des taxes. Il a conclu que même s'ils étaient considérés comme tels, ces frais étaient des éléments d'un régime de réglementation non visé par les art. 53 et 54. L'appel a été rejeté.

III. Les questions en litige

Le 27 novembre 1997, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Est-ce que les frais prévus par le Règlement de l'Ontario 293/92 — pris en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6 —, relativement à la délivrance de lettres d'homologation, sont invalides pour le motif qu'ils constituent une taxe indirecte qui excède le pouvoir de légiférer dont dispose la province d'Ontario en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Est-ce que les frais prévus par le Règlement de l'Ontario 293/92 — pris en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6 —, relativement à la délivrance de lettres d'homologation, sont invalides pour le motif qu'ils ont été établis par un autre organisme que l'Assemblée législative de l'Ontario, en contravention de l'art. 90 (qui incorpore par renvoi les art. 53 et 54) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

IV. Les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires pertinentes

A. *Les dispositions constitutionnelles*

Loi constitutionnelle de 1867

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

54. Il ne sera pas loisible à la Chambre des communes d'adopter une motion, résolution, adresse ou un projet

8

9

10

for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost, to any Purpose that has not been first recommended to that House by Message of the Governor General in the Session in which such Vote, Resolution, Address, or Bill is proposed.

90. The following Provisions of this Act respecting the Parliament of Canada, namely, — the Provisions relating to Appropriation and Tax Bills, the Recommendation of Money Votes, the Assent to Bills, the Disallowance of Acts, and the Signification of Pleasure on Bills reserved, — shall extend and apply to the Legislatures of the several Provinces as if those Provisions were here re-enacted and made applicable in Terms to the respective Provinces and the Legislatures thereof, with the Substitution of the Lieutenant Governor of the Province for the Governor General, of the Governor General for the Queen and for a Secretary of State, of One Year for Two Years, and of the Province for Canada.

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, —

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

Constitution Act, 1982

45. Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

B. Statutory Provisions

Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6

5. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

(a) requiring the payment of fees for any thing required or authorized under any Act to be done by any per-

de loi pour l'affectation d'une partie du revenu public, ou d'une taxe ou d'un impôt, à des fins non préalablement recommandées à la Chambre par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle une telle motion, résolution ou adresse ou un tel projet de loi est proposé.

90. Les dispositions suivantes de la présente loi relatives au Parlement du Canada, à savoir: les dispositions concernant les projets de loi d'affectation des crédits et les projets de lois fiscales, les recommandations portant vote de fonds publics, la sanction des projets de loi, le désaveu des lois et la signification du bon plaisir à l'égard des projets de loi réservés, s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, comme si ces dispositions étaient rééditées au présent article et rendues expressément applicables aux provinces et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur général, le gouverneur général à la Reine et au secrétaire d'État, un an à deux ans et la province au Canada.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

Loi constitutionnelle de 1982

45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

B. Les dispositions législatives

Loi sur l'administration de la justice, L.R.O. 1990, ch. A.6

5 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) exiger le paiement d'honoraires pour tout acte qu'une loi permet ou ordonne à une personne d'ac-

son in the administration of justice and prescribing the amounts thereof;

- (b) providing for the payment of fees and allowances by Ontario in connection with services under any Act for the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (c) requiring the payment of fees in respect of proceedings in any court and prescribing the amounts thereof.

C. Regulations

Ontario Regulation 293/92 (pursuant to the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, s. 5)

2. — (1) The following fees are payable in estate matters:

- 1. For a grant of probate, administration or guardianship, not being a double probate, cessate grant or administration *de bonis non administratis*.
 - i. on the first \$50,000 of the value of the estate being administered, per thousand dollars or part thereof..... \$5.00
 - ii. on the portion of the value of the estate being administered that exceeds \$50,000, per thousand dollars or part thereof 15.00

The above section was re-enacted by O. Reg. 802/94, s. 1, which reads as follows:

2. — (1) The following fees are payable in estate matters:

- 1. For a certificate of appointment of estate trustee, other than a certificate of succeeding estate trustee or a certificate of estate trustee during litigation,
 - i. on the first \$50,000 of the value of the estate being administered, per thousand dollars or part thereof \$ 5.00
 - ii. on the portion of the value of the estate being administered that exceeds \$50,000, per thousand dollars or part thereof 15.00

complir dans le cadre de l'administration de la justice ainsi que le montant de ces honoraires;

- b) prévoir le paiement d'honoraires et d'indemnités par l'Ontario relativement aux services rendus pour l'administration de la justice aux termes d'une loi et prescrire le montant de ces honoraires et indemnités;
- c) exiger le paiement de frais relativement à une instance devant un tribunal et prescrire le montant de ces frais.

C. Les dispositions réglementaires

Règlement de l'Ontario 293/92 (pris en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6, art. 5)

[TRADUCTION]

2. — (1) Les honoraires et frais suivants sont payables en matière de succession:

- 1. Pour la délivrance des lettres d'homologation ou des lettres d'administration ou l'attribution de la tutelle, à l'exclusion des lettres d'homologation supplémentaires, des lettres postérieures ou des lettres d'administration complétive:
 - i. à l'égard des premiers 50 000 \$ de la valeur de la succession administrée, par mille dollars ou partie de mille dollars..... 5,00 \$
 - ii. à l'égard de la partie de la valeur de la succession administrée qui est supérieure à 50 000 \$, par mille dollars ou partie de mille dollars..... 15,00

Cet article a été modifié par le Règlement de l'Ontario 802/94, art. 1, qui est rédigé ainsi:

2. (1) Les honoraires et frais suivants sont payables dans les questions de succession:

- 1. Pour la délivrance d'un certificat de nomination à titre de fiduciaire de la succession, autre qu'un certificat de nomination à titre de nouveau fiduciaire de la succession ou un certificat de nomination à titre de fiduciaire de la succession pour la durée du litige:
 - i. à l'égard des premiers 50 000 \$ de la valeur de la succession administrée, par mille dollars ou partie de mille dollars..... 5,00 \$
 - ii. à l'égard de la partie de la valeur de la succession administrée qui est supérieure à 50 000 \$, par mille dollars ou partie de mille dollars..... 15,00

V. Analysis

13 In Ontario, letters probate (now referred to as “certificate of appointment of estate trustee with a will”) are issued by the Ontario Court (General Division). The purpose of probate is to certify that a will and codicils have been duly proved and registered in the court and that administration of the property of the deceased has been committed by the court to the persons named in the will as executors. Ontario Regulation 293/92 (subsequently re-enacted as O. Reg. 802/94) sets out a schedule of *ad valorem* charges which must be paid in order to obtain a grant of probate. The appellant challenges the legality of those charges.

A. *Is the Probate Levy a Fee or a Tax?*

14 The appellant contends that the probate levy prescribed by s. 2(1) of O. Reg 293/92 is a tax rather than a fee. This distinction is important because a tax may be either direct or indirect, and pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, a province only has jurisdiction to impose a direct tax. Conversely, a province may charge a fee, regardless of whether it is an indirect tax, provided that it is validly enacted under a provincial head of power other than the taxing power: see *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at p. 412, and *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at p. 988.

15 Whether a levy is a tax or a fee was considered in *Lawson, supra*. Duff J. for the majority concluded that the levy in question was a tax because it was: (1) enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; and (4) intended for a public purpose.

V. L'analyse

En Ontario, les lettres d'homologation (maintenant appelées «certificat de nomination à titre de fiduciaire de la succession») sont délivrées par la Cour de l'Ontario (Division générale). La procédure d'homologation a pour objet de certifier qu'un testament et ses codicilles ont été dûment enregistrés à la cour, que leur validité y a été prouvée et que l'administration des biens du défunt a été confiée par la cour aux personnes nommées comme exécuteurs dans le testament. Le Règlement de l'Ontario 293/92 (subséquentement modifié par le Règlement de l'Ontario 802/94) prescrit un barème de frais *ad valorem* qui doivent être payés pour obtenir la délivrance de lettres d'homologation. L'appelante conteste la légalité de ces sommes.

A. *La somme requise pour l'homologation constitue-t-elle des frais ou une taxe?*

L'appelante prétend que la somme requise pour l'homologation au par. 2(1) du Règlement de l'Ontario 293/92 constitue une taxe et non des frais. Cette distinction est importante parce qu'une taxe peut être soit directe, soit indirecte, et que, en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces n'ont que le pouvoir d'imposer des taxes directes. En revanche, une province peut prescrire des frais, qu'ils constituent ou non une taxe indirecte, pourvu que les dispositions pertinentes aient été validement prises en vertu d'un chef de compétence provinciale autre que le pouvoir de taxation: voir *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, à la p. 412, et *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, à la p. 988.

Notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si une somme donnée constitue une taxe ou des frais dans l'arrêt *Lawson*, précité. Le juge Duff a conclu, au nom de la majorité, que la somme en question était une taxe parce qu'elle était: (1) exigée par la loi, (2) imposée sous l'autorité de la législature, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public.

The first, third and fourth criteria pertain to the nature of the levy, while the second criterion involves a consideration of the manner in which the levy was imposed. In this appeal the first concern is identifying the nature of the probate levy. The manner in which the levy was imposed will be considered later.

The Court of Appeal held that with respect to the first *Lawson* criterion the probate fee is compulsory and therefore enforceable by law. I agree. A practical compulsion usually exists for the executor to obtain probate in order to comply with his or her legal obligations. Although probate is not the foundation of the executor's title but only the authentic evidence of it, that authentication is nonetheless a practical and legal necessity in most cases, as illustrated by R. Hull and I. M. Hull in *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice* (4th ed. 1996), at p. 188:

Any debtor of the testator is justified in refusing to pay his debt to the executor until probate is produced. All proceedings in an action by the executor to enforce such payment will be stayed until the plaintiff obtains probate. Similarly an action to recover possession of the testator's goods, or for damages for their wrongful conversion, brought by the executor, must fail unless the executor has proved the will. In the absence of special statutory provisions to the contrary, the executor will fail whenever it is necessary to establish title as the personal representative of the deceased.

See also *The Solicitor's Guide to Estate Practice in Ontario*, by M. E. Rintoul (2nd ed. 1990), at pp. 35-36, wherein protection for the executor and administrative efficiency are identified as practical and legal reasons that frequently compel an executor to obtain probate. The fact that in some instances probate may be avoided does not lessen

Les premier, troisième et quatrième critères portent sur la nature de la somme exigée, tandis que le deuxième appelle un examen de la façon dont cette somme est établie. Dans le présent pourvoi, il faut d'abord déterminer la nature de la somme exigée pour l'homologation. La façon dont elle a été établie sera examinée par la suite.

La Cour d'appel a conclu, en ce qui a trait au premier critère énoncé dans *Lawson*, que les frais d'homologation sont obligatoires et, partant, exigés par la loi. Je suis d'accord. L'exécuteur a habituellement l'obligation pratique d'obtenir les lettres d'homologation pour s'acquitter de ses obligations légales. Même si les lettres d'homologation ne sont pas le fondement de la qualité de l'exécuteur, mais plutôt la preuve authentique de cette qualité, cette authentification n'en est pas moins une nécessité juridique et pratique dans la plupart des cas, comme en témoignent les exemples donnés par les auteurs R. Hull et I. M. Hull dans l'ouvrage *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice* (4^e éd. 1996), à la p. 188:

[TRADUCTION] Tout débiteur du testateur est justifié de refuser de payer sa dette à l'exécuteur tant que les lettres d'homologation n'ont pas été produites. Toutes les procédures dans une action engagée par l'exécuteur pour obtenir ce paiement seront suspendues jusqu'à ce que le demandeur ait obtenu les lettres d'homologation. De même, toute action en reprise de possession des biens du testateur ou action en dommages-intérêts pour détournement illicite engagée par l'exécuteur sera rejetée à moins que celui-ci ne fasse la preuve du testament. Sauf dispositions législatives spéciales à l'effet contraire, l'exécuteur sera débouté chaque fois qu'il lui sera nécessaire d'établir sa qualité de représentant personnel du défunt.

Voir également *The Solicitor's Guide to Estate Practice in Ontario*, de M. E. Rintoul (2^e éd. 1990), aux pp. 35 et 36, où la protection de l'exécuteur et l'efficacité administrative sont présentées comme des raisons d'ordre pratique et juridique qui amènent fréquemment les exécuteurs à obtenir des lettres d'homologation. Même si, dans certaines circonstances, il est possible d'éviter le processus d'homologation, cela ne change rien au fait qu'en Ontario l'obtention de lettres d'homologa-

16

17

the fact that in Ontario letters probate are the rule in virtually all estate affairs.

18 The criterion that the fee must be levied by a public body is also satisfied here as probate fees in Ontario are levied by the Ontario Court (General Division).

19 The probate levy also meets the fourth *Lawson* criterion for a tax as the proceeds were intended for a public purpose. The Ontario Law Reform Commission concluded in 1991 that it is difficult to discern a principled justification for *ad valorem* probate fees, and that “[t]he only rationale for the graduated fee schedule appears to be that it has been regarded as a suitable vehicle for raising revenue” (*Report on Administration of Estates of Deceased Persons*, at p. 286).

20 Those conclusions are supported by the evidence before this Court which showed that probate fees do not “incidentally” provide a surplus for general revenue, but rather are intended for that very purpose. The revenue obtained from probate fees is used for the public purpose of defraying the costs of court administration in general, and not simply to offset the costs of granting probate.

21 Another factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided in order for a levy to be considered constitutionally valid: see G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 72. This nexus was also considered relevant to determining the nature of a municipal charge in *Allard Contractors*, *supra*. In that case the Court engaged the question of whether an indirect tax levied by a province was validly enacted as incidental to a matter of provincial jurisdiction. Addressing the relationship

tion est la règle dans pratiquement tous les cas de règlement de successions.

Le critère selon lequel la somme exigée doit être perçue par un organisme public est lui aussi respecté en l’espèce, puisque, en Ontario, elle est perçue par la Cour de l’Ontario (Division générale).

Les sommes requises pour l’homologation satisfont également au quatrième critère distinctif d’une taxe énoncé dans l’arrêt *Lawson*, puisqu’elles sont perçues pour une fin d’intérêt public. La Commission de réforme du droit de l’Ontario a conclu, en 1991, qu’il était difficile de dégager les principes justifiant l’application de frais d’homologation *ad valorem*, et que [TRADUCTION] «[l]e seul fondement du barème de frais progressifs semble être qu’on y a vu un moyen approprié de générer des recettes» (*Report on Administration of Estates of Deceased Persons*, à la p. 286).

Ces conclusions sont étayées par des éléments de preuve présentés à notre Cour qui démontrent que les frais d’homologation ne produisent pas «accessoirement» des recettes générales additionnelles, mais au contraire visent précisément cet objectif. Les recettes tirées des frais d’homologation sont affectées à une fin d’intérêt public, soit le financement des coûts de l’administration des tribunaux en général, et ils ne servent pas seulement à couvrir les coûts de délivrance des lettres d’homologation.

Il est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d’une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni pour que cette somme soit considérée valide au regard de la Constitution: voir l’ouvrage de G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 72. Ce rapport a également été jugé pertinent pour déterminer la nature de la redevance municipale dans *Allard Contractors*, précité. Dans cette affaire, la Cour a examiné la question de savoir si une taxe indirecte levée par une province avait été valablement établie en tant que mesure accessoire d’un champ de compétence provinciale. Examinant le rapport entre la somme perçue et le service

between a charge and the cost of the underlying service, Iacobucci J. wrote (at p. 411):

A surplus itself is not a problem so long as the municipalities made reasonable attempts to match the fee revenues with the administrative costs of the regulatory scheme. . . .

In determining whether that nexus exists, courts will not insist that fees correspond precisely to the cost of the relevant service. As long as a reasonable connection is shown between the cost of the service provided and the amount charged, that will suffice. The evidence in this appeal fails to disclose any correlation between the amount charged for grants of letters probate and the cost of providing that service. The Agreed Statement of Facts clearly shows that the procedures involved in granting letters probate do not vary with the value of the estate. Although the cost of granting letters probate bears no relation to the value of an estate, the probate levy varies directly with the value of the estate. The result is the absence of a nexus between the levy and the cost of the service, which indicates that the levy is a tax and not a fee.

Having determined that the probate levy is enforceable by law, is levied by a public body, is intended for public purposes, and that no nexus exists between the amount of the levy and the cost of the service for granting letters probate, the compelling conclusion is that the probate levy as presently enforced is a tax.

B. *Is the Probate Levy a Direct or Indirect Tax?*

Section 92(2) of the *Constitution Act, 1867* confers upon the provinces the power to raise revenue for provincial purposes only by means of direct taxation: see *Allard Contractors, supra*, at p. 394, *per Iacobucci J.* It therefore has to be determined whether the probate levy is a direct or indirect tax.

visé, le juge Iacobucci a dit ceci (aux pp. 411 et 412):

Un excédent en soi n'est pas un problème tant que les municipalités ont raisonnablement tenté de faire en sorte que les recettes provenant des droits correspondent aux frais administratifs du régime de réglementation . . .

Lorsqu'ils sont appelés à statuer sur l'existence de ce rapport, les tribunaux n'exigent pas que la somme demandée corresponde précisément au coût du service fourni. Dans la mesure où il existe un rapport raisonnable entre le coût du service fourni et la somme exigée, cela suffit. La preuve produite dans le présent pourvoi ne révèle aucune corrélation entre la somme exigée pour la délivrance des lettres d'homologation et le coût de la prestation de ce service. Il ressort clairement de l'exposé conjoint des faits que les procédures suivies pour la délivrance de lettres d'homologation ne varient pas en fonction de la valeur de la succession. Même si le coût de délivrance des lettres d'homologation n'a aucun rapport avec la valeur de la succession, la somme exigée varie directement en fonction de cette valeur. Il en résulte donc une absence de rapport entre le coût du service et la somme exigée pour celui-ci, ce qui indique que cette somme constitue une taxe et non des frais.

Étant donné que la somme requise pour l'homologation est exigée par la loi et perçue par un organisme public pour une fin d'intérêt public, et qu'il n'existe aucun rapport entre la somme exigée et le coût de délivrance des lettres d'homologation, force est de conclure que, dans son application actuelle, cette somme constitue une taxe.

B. *La somme requise pour l'homologation est-elle une taxe directe ou indirecte?*

Le paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite les provinces à prélever un revenu pour des objets provinciaux uniquement par voie de taxation directe: voir *Allard Contractors*, précité, à la p. 394, le juge Iacobucci. Il faut donc déterminer si la somme perçue pour l'homologation est une taxe directe ou indirecte.

22

23

24

25

In *Principles of Political Economy* (1884), Book V, ch. II, at p. 550, John Stuart Mill defined the distinction between direct and indirect taxes. That oft repeated definition has not been much improved upon and is frequently referred to by courts in determining whether a levy is direct or indirect:

A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another. . . .

26

Applying Mill's definition, the tax would be indirect if the executor was personally liable for payment of probate fees, as the intention would clearly be that the executor would recover payment from the beneficiaries of the estate. However, the legislation does not make the executor personally liable for the fees. Payment is made by the executor only in his or her representative capacity. As a result, this case is readily distinguishable from *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176 (P.C.), where the succession duty was intended to be paid by one person and recouped from another. Here, as the amount is paid out of the estate by the executor in his or her representative capacity with the intention that the estate should bear the burden of the tax, the probate fees fall within Mill's definition of direct tax. The probate levy does not fall within the more expansive definition of an "indirect tax" in *Allard Contractors, per Iacobucci J.*, at p. 396.

27

Thus, although the probate levy is properly characterized as a tax and not a fee, it is a direct tax and therefore *intra vires* the province pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. As a result there is no need to consider whether it would survive as an indirect tax on the basis that it was ancillary to a valid regulatory scheme. Such a result in any event is doubtful on the facts.

Dans *Principes d'économie politique* (3^e éd. 1873), t. 1, livre V, ch. III, John Stuart Mill a défini, à la p. 379, la distinction entre les taxes directes et les taxes indirectes. Cette définition, souvent reprise et très peu modifiée, est fréquemment citée par les tribunaux appelés à décider si une taxe est directe ou indirecte:

L'impôt direct est celui qu'on demande à celui auquel le législateur désire ou se propose de le faire payer. Les impôts indirects sont ceux que l'on demande à une personne dans [l'expectative et avec l'intention] qu'elle s'indemnise aux dépens d'une autre . . .

Il ressort de l'application de la définition de Mill à la présente espèce que la taxe serait indirecte si l'exécuteur était personnellement tenu au paiement des frais d'homologation, puisqu'on viserait alors clairement à ce que l'exécuteur récupère cette somme auprès des bénéficiaires de la succession. Toutefois, la mesure législative en cause ne tient pas l'exécuteur personnellement responsable du paiement des frais. Ce dernier ne les paie qu'en sa qualité de représentant. Par conséquent, le présent cas peut facilement être distingué de l'affaire *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176 (C.P.), où les droits successoraux devaient être payés par une personne, puis recouverts d'une autre. En l'espèce, comme la somme est payée sur la succession par l'exécutrice en sa qualité de représentante, de façon que la succession supporte le fardeau de la taxe, les frais d'homologation sont une taxe directe au sens de la définition de Mill. Ils ne sont pas visés par la définition plus large donnée à l'expression «taxe indirecte» par le juge Iacobucci dans *Allard Contractors*, à la p. 396.

Par conséquent, même si la somme requise pour l'homologation est à juste titre qualifiée de taxe et non de frais, elle est une taxe directe et, partant, *intra vires* du pouvoir conféré à la province au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de se demander si cette somme serait valide en tant que taxe indirecte accessoire à un régime de réglementation valide. La réponse est de toute façon incertaine compte tenu des faits.

C. *Did the Implementation of the Probate Tax Violate Sections 53 or 54 of the Constitution Act, 1867?*

While the Ontario legislature has the authority to implement a direct tax, it must do so in accordance with the requirements set out in the Constitution. Section 53 of the *Constitution Act, 1867* mandates that bills for imposing any tax shall originate in the House of Commons. By virtue of s. 90 of the *Constitution Act, 1867*, s. 53 is rendered applicable to the provinces. Thus, all provincial bills for the imposition of any tax must originate in the legislature.

To date, s. 53 has been the subject of only limited academic and jurisprudential discussion. It has been suggested that the purpose of s. 53 is to prevent the introduction of taxation legislation in the Senate, and that with the abolition of bicameral legislatures in the provinces it has become redundant: see, e.g., W. H. McConnell in *Commentary on the British North America Act (1977)*, at p. 132.

In my view, the rationale underlying s. 53 is somewhat broader. The provision codifies the principle of no taxation without representation, by requiring any bill that imposes a tax to originate with the legislature. My interpretation of s. 53 does not prohibit Parliament or the legislatures from vesting any control over the details and mechanism of taxation in statutory delegates such as the Lieutenant Governor in Council. Rather, it prohibits not only the Senate, but also any other body other than the directly elected legislature, from imposing a tax on its own accord.

In our system of responsible government, the Lieutenant Governor in Council cannot impose a new tax *ab initio* without the authorization of the legislature. As Audette J. succinctly stated in *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, “[t]he Governor in Council has no power, *proprio vigore*, to impose taxes unless under

C. *L'établissement de la taxe d'homologation est-il contraire à l'art. 53 ou à l'art. 54 de la Loi constitutionnelle de 1867?*

Même si la législature de l'Ontario a le pouvoir d'établir une taxe directe, elle doit le faire en conformité avec les exigences énoncées dans la Constitution. L'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que les projets de loi ayant pour objet la création de taxes ou d'impôts prennent naissance à la Chambre des communes. En vertu de l'art. 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 53 s'applique aux provinces. Par conséquent, tous les projets de loi provinciaux ayant pour objet la création d'une taxe doivent prendre naissance à l'assemblée législative provinciale.

À ce jour, l'art. 53 n'a été examiné que de façon limitée dans la doctrine et la jurisprudence. On a prétendu que l'art. 53 vise à empêcher le dépôt au Sénat de mesures législatives en matière de taxation et que, par suite de l'abolition des législatures bicamérales dans les provinces, cet article est devenu superflu: voir, par exemple, W. H. McConnell dans *Commentary on the British North America Act (1977)*, à la p. 132.

À mon avis, le fondement de l'art. 53 est un peu plus large. En exigeant que tout projet de loi créant une taxe émane de la législature, cette disposition codifie le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation. Mon interprétation de l'art. 53 n'a pas pour effet d'interdire au Parlement ou aux législatures de confier à des délégués prévus par la loi — tel le lieutenant-gouverneur en conseil — un certain pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d'application. Au contraire, elle interdit non seulement au Sénat mais également à tout organisme autre que la législature directement élue d'imposer une taxe de son propre chef.

Dans notre système de gouvernement responsable, le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut établir une nouvelle taxe *ab initio* sans l'autorisation de la législature. Comme l'a dit succinctement le juge Audette dans *The King c. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, à la p. 83, [TRADUCTION] «[l]e gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir *pro-*

28

29

30

31

authority specifically delegated to it by Statute. The power of taxation is exclusively in Parliament.”

32 The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. In so doing, it ensures parliamentary control over, and accountability for, taxation. As E. A. Driedger stated in “Money Bills and the Senate” (1968), 3 *Ottawa L. Rev.* 25, at p. 41:

Through the centuries, the principle was maintained that taxation required representation and consent. The only body in Canada that meets this test is the Commons. The elected representatives of the people sit in the Commons, and not in the Senate, and, consistently with history and tradition, they may well insist that they alone have the right to decide to the last cent what money is to be granted and what taxes are to be imposed.

33 The conclusion that s. 53 continues to be binding upon the provinces is supported by the fact that the applicability of s. 53 to the provinces was not removed when the Constitution was amended in 1982, even though bicameral legislatures had ceased to exist at the provincial level by that time.

34 Section 53 is a constitutional imperative that is enforceable by the courts. A contrary opinion was expressed in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, where Pigeon J. for the majority commented in *obiter* that ss. 53 and 54 are not entrenched in the Constitution and can be indirectly amended through inconsistent legislation. Those comments, however, were made before the passage of the 1982 amendments to the Constitution.

35 By virtue of s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, the legislature of each province retains the discretion to exclusively make laws amending the constitution of the province. That power must be read in association with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which stipulates that any law that is incon-

prio vigore d'établir des taxes, à moins qu'un tel pouvoir ne lui ait été expressément délégué par une loi. Le pouvoir de taxation appartient exclusivement au Parlement.»

L'objet fondamental de l'art. 53 est de constitutionaliser le principe qu'un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d'une mesure législative subordonnée. Ainsi, cette disposition assure la compétence et la responsabilité des parlementaires à l'égard de la taxation. Comme l'a écrit E. A. Driedger, dans «Money Bills and the Senate» (1968), 3 *R.D. Ottawa* 25, à la p. 41:

[TRADUCTION] À travers les siècles, le principe selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation et consentement a survécu. Au Canada, le seul organe qui remplit cette condition est la Chambre des communes. Les élus du peuple siègent aux Communes et non au Sénat, et, conformément à l'histoire et à la tradition, ils peuvent fort bien maintenir qu'eux seuls ont le droit de décider jusqu'au dernier sou des crédits qui seront accordés et des taxes qui seront imposées.

La conclusion que l'art. 53 continue à lier les provinces est étayée par le fait que l'applicabilité de l'art. 53 aux provinces n'a pas été éliminée par suite de la modification de la Constitution en 1982, même si, à ce moment, les législatures bicamérales avaient déjà cessé d'exister au niveau provincial.

L'article 53 est un impératif constitutionnel dont les tribunaux peuvent ordonner le respect. Une opinion contraire a été exprimée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, où le juge Pigeon, au nom de la majorité, a souligné dans une remarque incidente que les art. 53 et 54 ne sont pas des dispositions intangibles de la Constitution et qu'ils peuvent être modifiés au moyen de dispositions législatives incompatibles. Ces commentaires ont toutefois été faits avant l'adoption des modifications constitutionnelles de 1982.

En vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque législature provinciale a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. Ce pouvoir doit être lu en corrélation avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui porte que la Constitution rend inopé-

sistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Subsection 52(1) effectively requires any provincial legislation that seeks to amend the constitution of the province to do so expressly: see J. Small in "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33, at p. 50. Otherwise, the legislation is liable to being struck down on the basis that it is inconsistent with the Constitution.

Nothing in the *Administration of Justice Act* purports to amend the constitutional requirement for imposing tax legislation set out in s. 53. The Ontario legislature did not delegate to the Lieutenant Governor in Council the authority to impose a tax. Therefore whether it could constitutionally do so does not need to be addressed. The only power conferred by s. 5 of the Act was to make regulations regarding the payment of fees, not the imposition of taxes. Yet the probate fees in this instance are in substance a tax imposed by the Lieutenant Governor in Council without having originated in the legislature. While the legislature of Ontario may well be competent to establish probate taxes under the terms of the *Administration of Justice Act*, s. 53 requires that they do so explicitly. Since s. 53 was not expressly amended, the province was obliged to abide by its terms. Its failure to do so renders the probate tax imposed under O. Reg. 802/94 (previously O. Reg. 293/92) unconstitutional. The unconstitutionality of the impugned legislation is an important reminder of the fact that the imposition of a tax has both political and legal dimensions which require the legislature to act carefully if the tax is to be successfully implemented.

The appellant also challenges the validity of the probate tax on the ground that it violates s. 54 of the *Constitution Act, 1867*. However, since s. 54

rantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Le paragraphe 52(1) exige effectivement que toute loi provinciale visant à modifier la constitution de la province le fasse expressément: voir J. Small dans «Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?» (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33, à la p. 50. Si cette exigence n'est pas respectée, la loi risque d'être invalidée parce qu'elle est incompatible avec la Constitution.

Aucune disposition de la *Loi sur l'administration de la justice* ne vise à modifier l'exigence constitutionnelle énoncée à l'art. 53 relativement aux lois créant des taxes. La législature de l'Ontario n'a pas délégué au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'établir une taxe. Par conséquent, la question de savoir s'il avait constitutionnellement le pouvoir de le faire n'a pas à être examinée. Le seul pouvoir qui a été conféré par le par. 5 de la Loi est celui de prendre des règlements régissant le paiement de frais et non celui d'établir des taxes. Or, les frais d'homologation en cause dans la présente espèce sont essentiellement une taxe qui a été établie par le lieutenant-gouverneur en conseil au moyen d'une mesure législative qui n'a pas pris naissance à la législature. Bien que la législature de l'Ontario puisse fort bien avoir compétence pour établir des taxes d'homologation en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, l'art. 53 exige qu'elle le fasse de manière explicite. Comme l'art. 53 n'a pas été expressément modifié, la province était tenue de se conformer à ses exigences. Son manquement à cet égard rend inconstitutionnelle la taxe d'homologation établie en vertu du Règlement de l'Ontario 802/94 (auparavant le Règlement de l'Ontario 293/92). L'inconstitutionnalité de la mesure législative attaquée est un rappel important du fait que l'établissement d'une taxe comporte à la fois des dimensions politiques et des dimensions juridiques qui obligent la législature à agir prudemment si elle souhaite instaurer sa taxe avec succès.

L'appelante conteste aussi la validité de la taxe d'homologation pour le motif qu'elle violerait l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute-

36

37

concerns the appropriation of taxes, and not the imposition of taxes (see Small, *supra*, at p. 40), it is not relevant to this appeal.

D. Is the Probate Levy Authorized by Section 5 of the Administration of Justice Act?

38 Regardless of whether s. 53 was complied with, or even if s. 53 is considered redundant at the provincial level, the probate levy is not enforceable as it was not authorized by s. 5 of the *Administration of Justice Act*. Section 5 reads:

5. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

- (a) requiring the payment of fees for any thing required or authorized under any Act to be done by any person in the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (b) providing for the payment of fees and allowances by Ontario in connection with services under any Act for the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (c) requiring the payment of fees in respect of proceedings in any court and prescribing the amounts thereof.

39 While these provisions authorize the Lieutenant Governor in Council to impose fees, they do not constitute an express delegation of taxing authority. Whether the province may delegate its taxing authority was not fully argued before this Court, *obiter* in the result, and should be considered only when the issue has been raised in the courts below. Of relevance to this appeal is that the Act clearly does not authorize the imposition of a tax, albeit direct.

40 The constitutional requirement for a clear and unambiguous authorization of taxation within the enabling statute also provides the reply to Bastarache J.'s concerns. Once it has been determined that the probate fees levied by the impugned regulation are a direct tax, the question is whether

fois, comme l'art. 54 vise l'affectation des taxes et non leur établissement (voir Small, *loc. cit.*, à la p. 40), il n'est pas pertinent dans le cadre du présent renvoi.

D. La somme requise pour l'homologation est-elle autorisée par l'art. 5 de la Loi sur l'administration de la justice?

Que l'art. 53 ait été respecté ou non, ou même qu'il soit considéré comme superflu au niveau provincial, les frais d'homologation ne sont pas exigés par la loi puisqu'ils n'ont pas été autorisés par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, qui est rédigé ainsi:

5 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement:

- a) exiger le paiement d'honoraires pour tout acte qu'une loi permet ou ordonne à une personne d'accomplir dans le cadre de l'administration de la justice ainsi que le montant de ces honoraires;
- b) prévoir le paiement d'honoraires et d'indemnités par l'Ontario relativement aux services rendus pour l'administration de la justice aux termes d'une loi et prescrire le montant de ces honoraires et indemnités;
- c) exiger le paiement de frais relativement à une instance devant un tribunal et prescrire le montant de ces frais.

Bien que ces dispositions autorisent le lieutenant-gouverneur en conseil à exiger des frais, elles ne constituent pas une délégation expresse du pouvoir de taxation. La question de savoir si la province peut déléguer son pouvoir de taxation n'a pas été pleinement débattue devant notre Cour, elle a donc un caractère incident, et elle ne doit être examinée que dans les cas où elle a été soulevée devant les juridictions inférieures. Ce qui est pertinent dans le présent pourvoi, c'est que la Loi n'autorise manifestement pas l'établissement d'une taxe, fût-elle directe.

L'exigence constitutionnelle selon laquelle la loi habilitante doit autoriser la taxation de façon claire et non ambiguë répond également aux préoccupations du juge Bastarache. Une fois qu'il a été jugé que les frais d'homologation fixés par le règlement contesté constituent une taxe directe, il reste à

the *Administration of Justice Act*, and the action of the Lieutenant Governor in Council in enacting O. Reg. 293/92, fulfil the legal and constitutional requirements for the imposition of a tax. Section 53 constitutionally mandates the court to strictly construct enabling legislation, such as s. 5 of the *Administration of Justice Act*, when determining whether it properly creates a taxation power. This simply strengthens the general principle of interpretation that “[i]f Parliament wants to give the Executive or some administrative agency the power to raise a tax by regulation, it must do so in a specific and unequivocal provision” (R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at p. 445).

Bastarache J. states that the authorization extended to the Lieutenant Governor in Council in the *Administration of Justice Act* to prescribe fees “includes the power to implement a direct tax” (para. 60). With respect, this conclusion cannot be sustained. The distinction between these two forms of charges cannot be erased by simply interpreting the word “fees” to include taxes. This distinction is both legally and constitutionally significant to determining the validity of the enactment. As s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, Standing Order 56 of the Ontario legislature, and the general law on construction of taxing statutes all demonstrate, the imposition of taxes is an act of unique political significance, subject to special rules and requirements, none of which the impugned scheme meets. Ontario Regulation 293/92 is both unconstitutional and *ultra vires* as it seeks to impose a tax without clear and unambiguous authorization from the legislature to do so.

The appellant also argued that s. 5 does not authorize the imposition of *ad valorem* probate fees. Given my conclusion that the probate levy is a tax and not a fee, it is not necessary to address this issue. I would add, though, that the wording of

déterminer si la *Loi sur l'administration de la justice* et la prise par le lieutenant-gouverneur en conseil du Règlement de l'Ontario 293/92 satisfont aux exigences légales et constitutionnelles qui régissent l'établissement d'une taxe. L'article 53 fait aux tribunaux l'obligation constitutionnelle d'interpréter de façon stricte la mesure législative habilitante concernée, en l'occurrence l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, lorsqu'ils sont appelés à déterminer si cette dernière crée valablement un pouvoir de taxation. Ceci ne fait que renforcer le principe général d'interprétation selon lequel «[l]e Parlement qui désire donner à l'Exécutif ou à un organisme administratif quelconque le pouvoir d'imposer une taxe par règlement doit donc le faire par une disposition précise et sans équivoque» (R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), t. 1, à la p. 571).

Le juge Bastarache affirme que l'autorisation d'exiger des frais qui est accordée au lieutenant-gouverneur en conseil par la *Loi sur l'administration de la justice* «emporte le pouvoir d'établir une taxe directe» (par. 60). Avec égards, j'estime qu'une telle conclusion ne peut être soutenue. On ne peut écarter la distinction entre ces deux formes de contributions simplement en assimilant les taxes à des «frais». Cette distinction est importante, tant légalement que constitutionnellement, pour statuer sur la validité du texte de loi en cause. Comme le démontrent l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 56 du Règlement de la législature de l'Ontario et le droit général en matière d'interprétation des lois fiscales, l'établissement d'une taxe est une mesure qui revêt une importance exceptionnelle sur le plan politique et qui est assujettie à des règles et à des exigences spéciales auxquelles le régime contesté ne satisfait pas. Le Règlement de l'Ontario 293/92 est inconstitutionnel et *ultra vires* puisqu'il vise à établir une taxe en l'absence d'une autorisation claire et non ambiguë en ce sens émanant de la législature.

L'appelante a aussi plaidé que l'art. 5 n'autorise pas l'établissement de frais d'homologation *ad valorem*. Compte tenu de ma conclusion que la somme requise pour l'homologation est une taxe et non des frais, il n'est pas nécessaire de trancher

the Act does not appear to restrict the type of fee that may be imposed provided that it possesses the characteristics of a fee, including *inter alia* the existence of a nexus between the amount charged and the cost of the service provided.

E. *Disposition and Remedy*

43 Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that the Constitution 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. The probate fee levied by O. Reg. 293/92 is in substance a direct tax which has not been imposed in accordance with the requirements of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. Thus the regulation is invalid and of no force or effect.

44 An immediate declaration of invalidity would deprive the province of the revenue derived from probate fees, with no opportunity to remedy the legislation or find alternative sources of funding. Probate fees have a lengthy history in Ontario, and the revenue derived therefrom is substantial. For example, the evidence presented to this Court indicated that in 1993 and 1994, probate fees collected in Ontario totalled \$51.8 million and \$52.6 million, respectively. This revenue is used to defray the costs of court administration in the province. An immediate deprivation of this source of revenue would likely have harmful consequences for the administration of justice in the province. The declaration of invalidity is therefore suspended for a period of six months to enable the province to address the issue.

45 The final issue is whether the appellant is entitled to a refund of the probate fees of \$5,710 paid by her as executor for her late husband's estate.

46 In *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, La Forest J. for three of the six members of the Court held that there is a general rule

cette question. J'ajouterais toutefois que le libellé de la Loi ne semble pas restreindre le type de frais qui peuvent être exigés, pourvu que ceux-ci possèdent les caractéristiques des frais, notamment l'existence d'un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni.

E. *Le dispositif et la réparation*

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* indique que la Constitution est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Les frais d'homologation exigés par le Règlement de l'Ontario 293/92 sont essentiellement une taxe directe qui n'a pas été établie en conformité avec les exigences de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, le règlement est invalide et inopérant.

Une déclaration immédiate d'invalidité priverait la province des recettes découlant des frais d'homologation, sans lui donner la possibilité de réformer la loi ou de trouver d'autres sources de financement. Les frais d'homologation ont une longue histoire en Ontario, et ils produisent des recettes considérables. À titre d'exemple, la preuve présentée à la Cour a indiqué que, en 1993 et en 1994, les frais d'homologation perçus en Ontario ont totalisé 51,8 millions de dollars et 52,6 millions de dollars respectivement. Ces recettes servent à couvrir les coûts d'administration des tribunaux dans la province. Le fait de supprimer sur-le-champ cette source de recettes aurait vraisemblablement des conséquences fâcheuses pour l'administration de la justice dans la province. La déclaration d'invalidité est par conséquent suspendue pendant une période de six mois, de façon à permettre à la province d'examiner la situation.

Il reste à trancher la question de savoir si l'appellante a droit au remboursement des frais d'homologation de 5 710 \$ qu'elle a payés en sa qualité d'exécutrice testamentaire de la succession de son défunt mari.

Dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, s'exprimant pour trois des six juges ayant participé au jugement, le

against recovery of taxes paid under unconstitutional statutes, with exceptions where the relationship between the state and a particular taxpayer resulting in the collection of the tax is unjust or oppressive in the circumstances.

Even if this Court were to adopt the rule articulated by La Forest J., it would not prevent recovery by the appellant in this case. An exception has been recognized where taxes are paid under compulsion or protest: *Air Canada, supra*, at pp. 1209-10. Here, the appellant has challenged the validity of the regulation imposing the probate fee from the outset. She paid the fee in order to fulfil her legal obligations as executor of the estate only after the Ontario Court (General Division) held that the regulation was legally valid. Had the proper decision been rendered at first instance, the appellant would not have paid the fee. It would therefore be inequitable to deny recovery at this stage.

The appeal is accordingly allowed with costs and the appellant refunded the \$5,710 paid by her.

For the reasons given, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the probate fee, which was imposed by Ontario Regulation 293/92, which was made under s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, invalid on the ground that it is an indirect tax that is outside the legislative authority of the province of Ontario under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Is the probate fee, which was imposed by Ontario Regulation 293/92, which was made under s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, invalid on the ground that it was imposed by a body other than the Legislature of Ontario in contravention

juge La Forest a conclu à l'existence d'une règle générale interdisant la restitution de taxes et d'impôts payés en vertu de lois inconstitutionnelles, règle qui est toutefois assortie d'une exception dans les cas où les rapports entre l'État et un contribuable donné rendent injuste ou opprimante, dans les circonstances, la perception de la somme.

Même si notre Cour devait adopter la règle énoncée par le juge La Forest, cela n'empêcherait pas l'appelante de recouvrer la somme en cause dans la présente espèce. L'existence d'une exception a été reconnue lorsque les taxes sont acquittées sous la contrainte ou sous réserve: *Air Canada*, précité, aux pp. 1209 et 1210. En l'espèce, l'appelante a contesté dès le départ la validité du règlement exigeant les frais d'homologation. Elle a payé ces frais afin de remplir ses obligations légales en qualité d'exécutrice testamentaire seulement après que la Cour de l'Ontario (Division générale) a statué que le règlement était légalement valide. Si la cour de première instance avait rendu la bonne décision, l'appelante n'aurait pas payé les frais. Il serait par conséquent inéquitable de refuser le remboursement à ce stade-ci.

Le pourvoi est donc accueilli avec dépens, et l'appelante a droit au remboursement de la somme de 5 710 \$ qu'elle a versée.

Pour ces motifs, je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Est-ce que les frais prévus par le Règlement de l'Ontario 293/92 — pris en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6 —, relativement à la délivrance de lettres d'homologation, sont invalides pour le motif qu'ils constituent une taxe indirecte qui excède le pouvoir de légiférer dont dispose la province d'Ontario en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

2. Est-ce que les frais prévus par le Règlement de l'Ontario 293/92 — pris en application de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6 —, relativement à la délivrance de lettres d'homologation, sont invalides pour le motif qu'ils ont été établis par un autre organisme que l'Assemblée législative de l'Ontario, en contravention de l'art. 90 (qui incor-

47

48

49

of s. 90 (incorporating by reference ss. 53 and 54) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

The reasons of Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

50 BASTARACHE J. (dissenting) — This appeal concerns the validity of the fees set for probate by the legislature of Ontario through Regulation 293/92, which was enacted pursuant to s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6. The facts and the issues have been set out in the reasons of Major J. and I will not repeat them.

51 I have read the reasons of my colleagues Major and Binnie JJ. and in a number of aspects, I cannot, with respect, agree with their approaches. I accept Major J.'s characterization of the probate fee as a tax and I accept that it is a direct tax within the legislative authority of the province. I do not, however, agree that the probate fee is invalid on the ground that it was imposed by a body other than the legislature of Ontario in contravention of s. 90 (incorporating by reference ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*). Moreover, I do not accept Major and Binnie JJ.'s conclusion that the probate fees are not authorized under s. 5 of the *Administration of Justice Act*.

Sections 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*

52 Sections 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*, which are made applicable to the provincial legislature by virtue of s. 90 of the Act, provide as follows:

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

54. It shall not be lawful for the House of Commons to adopt or pass any Vote, Resolution, Address, or Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue,

pore par renvoi les art. 53 et 54) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Le présent pourvoi porte sur la validité des frais fixés par la législature de l'Ontario pour la délivrance de lettres d'homologation dans le Règlement 293/92, qui a été pris en application de l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6. Les faits et les questions en litige ayant été exposés dans les motifs du juge Major, je ne les répéterai pas.

J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Major et Binnie et, avec égards, je ne puis souscrire à leur approche respective sur un certain nombre d'aspects. Je conviens avec le juge Major que les frais d'homologation sont une taxe, et qu'il s'agit d'une taxe directe relevant de la compétence législative de la province. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec la conclusion que les frais d'homologation en cause sont invalides parce qu'ils ont été imposés par un autre organisme que la législature de l'Ontario en contravention de l'art. 90 (qui incorpore par renvoi les art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). En outre, je ne souscris pas à la conclusion des juges Major et Binnie que les frais d'homologation ne sont pas autorisés par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*.

Les articles 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Les articles 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que l'art. 90 de cette Loi rend applicable à la législature provinciale, sont ainsi rédigés:

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

54. Il ne sera pas loisible à la Chambre des communes d'adopter une motion, résolution, adresse ou un projet de loi pour l'affectation d'une partie du revenu

or of any Tax or Impost, to any Purpose that has not been first recommended to that House by Message of the Governor General in the Session in which such Vote, Resolution, Address, or Bill is proposed.

The appellant argued that s. 53 of the *Constitution Act, 1867* requires that any bill that appropriates public revenue or imposes any tax must originate in the Legislative Assembly. With respect to s. 54, the appellant argued that it prohibits the Legislative Assembly from adopting or passing such a bill unless it has been recommended to the Legislative Assembly by message of the Lieutenant Governor.

Major J., in his reasons, states that the rationale underlying s. 53 of the *Constitution Act, 1867* is to prohibit any body other than the legislature from imposing a tax on its own accord. The purpose of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, in my view, is to provide that bills concerning taxation originate in the House of Commons rather than the Senate. The section was enacted because of a concern in English history about taxation bills being introduced in the House of Lords rather than in the Commons. With the abolition of bicameral legislatures in the provinces, s. 53 no longer has significance at the provincial level (W. H. McConnell, *Commentary on the British North America Act* (1977), at pp. 105-6 and 131-32; W. R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution* (3rd ed. 1897), Part 1, at pp. 265-68).

Even if s. 53 of the *Constitution Act, 1867* continues to apply to the provinces, the fact that the legislature has authorized the executive to prescribe fees in the form of a tax does not violate s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. The tax in the form of probate fees is imposed by s. 5 of the *Administration of Justice Act*. This Act was introduced in the Legislative Assembly of Ontario and therefore cannot violate s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. All that the legislature has done is delegate to the Lieutenant Governor in Council the authority to provide for the details of the tax through regulation. The provincial legislature is

public, ou d'une taxe ou d'un impôt, à des fins non préalablement recommandées à la Chambre par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle une telle motion, résolution ou adresse ou un tel projet de loi est proposé.

L'appelante a plaidé que l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que tout projet de loi portant affectation de revenus publics ou créant des taxes prenne naissance à l'Assemblée législative. Quant à l'art. 54, l'appelante a soutenu qu'il interdit à l'Assemblée législative d'adopter un tel projet de loi à moins que celui-ci ait été recommandé à l'Assemblée législative par un message du lieutenant-gouverneur.

Dans ses motifs, le juge Major affirme que l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a pour objet d'interdire à tout autre organisme que la législature d'établir une taxe de son propre chef. À mon avis, l'objet de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est de faire en sorte que les projets de loi en matière de taxation prennent naissance à la Chambre des communes plutôt qu'au Sénat. Cet article a été édicté en raison d'une crainte historique en Angleterre que les projets de loi en matière de taxation soient présentés à la Chambre des lords plutôt qu'aux Communes. Par suite de l'abolition des législatures bicamérales dans les provinces, l'art. 53 n'a plus d'importance au niveau provincial (W. H. McConnell, *Commentary on the British North America Act* (1977), aux pp. 105 et 106, 131 et 132; W. R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution* (3^e éd. 1897), partie 1, aux pp. 265 à 268).

Même si l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* continue de s'appliquer aux provinces, le fait que la législature ait autorisé le pouvoir exécutif à fixer des frais sous forme de taxe n'enfreint pas l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette taxe, qui prend la forme de frais d'homologation, est établie par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, loi qui a été présentée à l'Assemblée législative de l'Ontario et qui, de ce fait, ne peut pas enfreindre l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La législature n'a fait que déléguer au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de préciser par règlement le détail de la taxe. La législa-

53

54

55

entitled to delegate taxing powers to its subordinate bodies, including the Lieutenant Governor in Council (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at pp. 131-33; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (P.C.), at p. 722; *Irving Oil Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787).

56 I agree with Major J. that s. 54 of the *Constitution Act, 1867* is not relevant to this appeal. Section 54 requires that bills relating to the appropriation of taxes (supply bills) be accompanied by a royal recommendation. The only bills that are guaranteed to the executive under s. 54 of the *Constitution Act, 1867* are true appropriation bills.

Section 5 of the *Administration of Justice Act*

57 Section 5 of the *Administration of Justice Act* provides as follows:

5. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

- (a) requiring the payment of fees for any thing required or authorized under any Act to be done by any person in the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (b) providing for the payment of fees and allowances by Ontario in connection with services under any Act for the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (c) requiring the payment of fees in respect of proceedings in any court and prescribing the amounts thereof.

58 Having found that the probate fee enacted pursuant to s. 5 of the *Administration of Justice Act* is in reality a direct tax imposed by the province through its delegate, the Lieutenant Governor in Council, the issue to be decided at this stage is whether s. 5 of the *Administration of Justice Act* authorizes the imposition of the fee structure found in Regulation 293/92. In finding that the probate fee is a direct tax, it has been determined that the probate fee is (1) enforceable by law; (2) levied by

ture provinciale peut déléguer des pouvoirs de taxation à ses organismes subordonnés, y compris au lieutenant-gouverneur en conseil (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), aux pp. 131 à 133; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (C.P.), à la p. 722; *Irving Oil Ltd. c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787).

Je suis d'accord avec le juge Major pour dire que l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas pertinent dans le cadre du présent pourvoi. Suivant l'art. 54, les projets de loi portant affectation de taxes («*supply bills*») doivent être accompagnés d'une recommandation royale. Les seuls projets de loi que l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au pouvoir exécutif sont les véritables projets de loi de crédits.

L'article 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*

L'article 5 de la *Loi sur l'administration de la justice* dispose ainsi:

5 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement:

- a) exiger le paiement d'honoraires pour tout acte qu'une loi permet ou ordonne à une personne d'accomplir dans le cadre de l'administration de la justice ainsi que le montant de ces honoraires;
- b) prévoir le paiement d'honoraires et d'indemnités par l'Ontario relativement aux services rendus pour l'administration de la justice aux termes d'une loi et prescrire le montant de ces honoraires et indemnités;
- c) exiger le paiement de frais relativement à une instance devant un tribunal et prescrire le montant de ces frais.

Comme il a été jugé que les frais d'homologation fixés en application de l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice* sont en réalité une taxe directe établie par la province par l'entremise de son délégué, le lieutenant-gouverneur en conseil, la question qu'il reste à trancher à cette étape-ci est de savoir si l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice* autorise l'établissement du barème des frais prévu au Règlement 293/92. En concluant que les frais d'homologation consti-

a public body; and (3) intended for a public purpose (reasons of Major J., at paras. 17-20).

In determining whether or not the probate fee, as a direct tax, is authorized under the *Administration of Justice Act*, it is not necessary to conduct an analysis of whether a nexus exists between the quantum charged and the cost of the service. It is only because variable fees are indirect in their general tendency that the nexus argument is normally raised (see *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at pp. 398 and 402; see also *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at para. 53). In *Allard and Home Builders'*, the nexus between the fee and the value of the service provided arose in the context of indirect taxes, which would only be valid if ancillary to a valid regulatory scheme. It is noted in *Home Builders'*, at para. 53, that “[a]ny power of indirect taxation extending beyond regulatory costs would indeed render s. 92(2) [Direct Taxation] meaningless”. It has long been accepted that there is no constitutional prohibition against a direct tax that is variable and designed to defray the costs of a regulation (see *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, *supra*, at p. 721). As Professor La Forest (as he then was) stated in *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), quoted in *Home Builders'*, *supra*, at para. 52: “there is no doubt that direct taxation may be raised under section 92(2) even though it is framed in the form of a licence”. The sole issue here is whether s. 5 of the *Administration of Justice Act* is broad enough to authorize this direct tax, not whether there is a nexus between the tax and the probate service, as would be required if the tax was indirect.

tuent une taxe directe, on a jugé que les frais d’homologation sont: (1) exigés par la loi; (2) perçus par un organisme public; et (3) destinés à une fin d’intérêt public (motifs du juge Major, aux par. 17 à 20).

Pour déterminer si, en tant que taxe directe, les frais d’homologation sont autorisés par la *Loi sur l’administration de la justice*, il n’est pas nécessaire de se demander s’il existe un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni. Normalement, l’argument fondé sur l’existence ou non d’un rapport est soulevé uniquement parce que des droits variables ont un effet général indirect (voir *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, aux pp. 398 et 402; voir également *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, au par. 53). Dans les affaires *Allard et Home Builders'*, la question du rapport entre les frais exigés et la valeur des services fournis s’est soulevée dans le contexte de taxes indirectes, taxes qui ne sont valides que si elles sont accessoires à un régime réglementaire lui-même valide. Il est souligné, dans *Home Builders'*, au par. 53, que «[t]out pouvoir de taxation indirecte permettant la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation priverait effectivement le par. 92(2) [taxation directe] de tout sens». Il est accepté depuis longtemps que la Constitution n’interdit pas de percevoir une taxe directe dont le montant varie et qui vise à payer les coûts de la réglementation concernée (voir *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, précité, à la p. 721). Comme l’a affirmé le professeur La Forest (plus tard juge de notre Cour) dans *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), cité dans *Home Builders'*, précité, au par. 52: «il ne fait aucun doute qu’une taxe directe peut être imposée en vertu du par. 92(2) même si cette taxe prend la forme d’un permis». La seule question qui se pose en l’espèce est de savoir si l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice* a une portée suffisamment large pour autoriser cette taxe directe, et non de savoir s’il existe un rapport entre le montant de la taxe et le service d’homologation rendu, contrairement à ce qui serait le cas s’il s’agissait d’une taxe indirecte.

60 In my view, according to the ordinary rules of interpretation, including the legislative history of the impugned provision as thoroughly described by Morden A.C.J.O. in the Court of Appeal, s. 5(c) of the *Administration of Justice Act* is broad enough to authorize the Lieutenant Governor in Council to impose a direct tax on persons applying for probate. It authorizes the Lieutenant Governor in Council to prescribe fees in respect of proceedings in any court. This includes the power to implement a direct tax on applications for probate. The language of the section does not require that the fees be in proportion to services rendered. There is no exclusion of an “*ad valorem*” fee structure (*Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60).

À mon avis, suivant les règles d'interprétation ordinaires, y compris l'histoire législative de la disposition contestée, qu'a décrite de façon exhaustive le juge en chef adjoint de l'Ontario Morden, l'al. 5c) de la *Loi sur l'administration de la justice* a une portée suffisamment large pour autoriser le lieutenant-gouverneur en conseil à assujettir les personnes qui demandent des lettres d'homologation à une taxe directe. Il autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à fixer des frais relativement aux instances devant tout tribunal, ce qui emporte le pouvoir d'établir une taxe directe à l'égard des demandes de lettres d'homologation. Le texte de l'article n'exige pas que les droits soient proportionnels aux services rendus. Rien n'exclut l'établissement d'un barème de frais «*ad valorem*» (*Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60).

61 The powers of a provincial legislature cannot be limited except by the Constitution. The province of Ontario authorized the Lieutenant Governor in Council, through s. 5 of the *Administration of Justice Act*, to implement a direct tax in respect of court proceedings. The Lieutenant Governor in Council validly prescribed the amount for this tax and the method of payment through the taxing of applications for letters probate pursuant to Regulation 293/92. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Les compétences d'une législature provinciale ne peuvent être limitées que par la Constitution. Par l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, la province d'Ontario a autorisé le lieutenant-gouverneur en conseil à établir une taxe directe à l'égard d'instances devant les tribunaux. Le lieutenant-gouverneur en conseil a validement prescrit le montant de cette taxe et la méthode de paiement de celle-ci, au moyen de la taxation des demandes de lettres d'homologation conformément au Règlement 293/92. Par conséquent, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

The reasons of McLachlin and Binnie JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges McLachlin et Binnie rendus par

62 BINNIE J. — I agree with Justice Major's conclusion that Ontario's probate “fee” is in reality a tax, albeit a direct tax within the legislative authority of the province. I also agree with his proposed disposition of the appeal. I differ, however, from his conclusion that the probate tax imposed under O. Reg. 293/92 (now 802/94) is unconstitutional by virtue of non-compliance with s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. I prefer to rest my conclusion on his alternative ground that O. Reg. 293/92 is *ultra*

LE JUGE BINNIE — Je souscris à la conclusion du juge Major que les «frais» («*fee*» dans le texte anglais) d'homologation exigés en Ontario sont en réalité une taxe, quoiqu'une taxe directe relevant de la compétence législative de la province. Je suis également d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi. Cependant, je suis en désaccord avec sa conclusion que la taxe d'homologation établie par le Règlement de l'Ontario 293/92 (maintenant le Règlement de l'Ontario 802/94) est inconstitutionnelle parce qu'elle ne respecte pas l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je préfère fonder ma conclusion sur l'autre

vires s. 5 of the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6.

The legislative power of the province is sovereign except as limited by the Constitution itself, including limitations flowing from the federal-provincial division of powers, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the absence of a constitutional prohibition, the legislature has power to authorize a tax structure of its own choosing, and for which it will be politically accountable, including a tax to be prescribed by the Lieutenant Governor in Council. I do not construe s. 53 of the *Constitution Act, 1867* as constituting such a prohibition.

Major J. rightly observes at para. 31 that:

In our system of responsible government, the Lieutenant Governor in Council cannot impose a new tax *ab initio* without the authorization of the legislature.

It seems to me this leads to a straightforward question of whether the regulation is *ultra vires* s. 5 of the *Administration of Justice Act*. There is no need to look to the constitutional subtleties of s. 53, which provides:

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

Section 53 appears under the heading "Money Votes; Royal Assent" in a series of five sections dealing with various aspects of the relationships among the House of Commons, the Senate and the Crown. These provisions are made applicable to the provinces by s. 90. Section 53 requires that money bills originate in the House of Commons. Regulation 293/92 is not, and never was, a "bill". It is a regulation that was prescribed by the Lieutenant Governor in Council. Bills arise only as part of the legislative process in the House of Commons or the Senate.

motif qu'il invoque, savoir que le Règlement de l'Ontario 293/92 est *ultra vires* de l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6.

Le pouvoir législatif de la province est souverain, sous réserve des limites prévues par la Constitution elle-même, notamment celles découlant du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'absence d'une interdiction constitutionnelle, la législature a le pouvoir d'établir les mesures fiscales de son choix, dont elle rendra compte politiquement, notamment une taxe devant être fixée par le lieutenant-gouverneur en conseil. Je ne considère pas que l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue une telle interdiction.

Le juge Major fait à juste titre l'observation suivante, au par. 31:

Dans notre système de gouvernement responsable, le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut établir une nouvelle taxe *ab initio* sans l'autorisation de la législature.

Il me semble que cette observation amène à poser directement la question de savoir si le règlement est *ultra vires* de l'art. 5 de la *Loi sur l'administration de la justice*. Il n'est pas nécessaire de s'interroger sur les subtilités constitutionnelles de l'art. 53, qui est ainsi rédigé:

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

L'article 53 figure sous l'intitulé «*Législation fiscale — Sanction royale*», dans un groupe de cinq articles qui traitent de différents aspects des relations entre la Chambre des communes, le Sénat et Sa Majesté. Aux termes de l'art. 90, ces dispositions s'appliquent aux provinces. L'article 53 exige que les projets de loi portant affectation de deniers publics prennent naissance à la Chambre des communes. Le Règlement 293/92 n'est pas et n'a jamais été un «projet de loi». Il s'agit d'un règlement pris par le lieutenant-gouverneur en conseil. Les projets de loi ne voient le jour que dans le cadre du processus législatif de la Chambre des communes ou du Sénat.

63

64

65 My colleague advances the proposition in para. 32 that:

The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. [Emphasis added.]

66 Again, in para. 40, he argues that s. 53 “constitutionally mandates the court to strictly construct enabling legislation”. In my view, respectfully, this analysis reads the word “bills” out of the section, and takes the section out of the context of the series of sections of which it forms a part. Section 53 addresses a state of affairs prior to any “legislation” coming into existence. It is explicitly related to legislative procedure and there is nothing that I can see in its text to justify concluding that its “basic purpose” is the constitutional entrenchment of a principle of “strict construction” of legislation, delegated or otherwise. Regardless of the attraction of my colleague’s broad rationale of promoting “parliamentary control over, and accountability for, taxation” (para. 32), I do not think the Court can facilitate achievement of the objective by rewriting s. 53. As the Court recently affirmed in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, implicit principles can and should be used to expound the Constitution, but they cannot alter the thrust of its explicit text.

67 I do, however, agree with Major J. that O. Reg. 293/92 is *ultra vires* s. 5 of the *Administration of Justice Act*, and would like to add a comment about the respondents’ use of legislative history to support the government position. The respondents emphasized the historical evolution of probate fees in Ontario from 1793 until the present, and related the present fee structure to provisions in the *Estates Act*, R.S.O. 1990, c. E.21, having a bearing on probate fees. It is argued that it would be reasonable to infer from this historical context that the legislature of Ontario intended by s. 5 to continue the authority of the Lieutenant Governor in Coun-

Mon collègue avance la proposition suivante, au par. 32:

L’objet fondamental de l’art. 53 est de constitutionnaliser le principe qu’un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d’une mesure législative subordonnée. [Je souligne.]

Plus loin, au par. 40, il affirme que l’art. 53 «fait aux tribunaux l’obligation constitutionnelle d’interpréter de façon stricte la mesure législative habilitante concernée». Avec égards, je suis d’avis que cette analyse fait abstraction de la présence de l’expression «projet de loi» dans le texte de l’article et isole celui-ci du contexte du groupe de dispositions dont il fait partie. L’article 53 vise la situation qui a cours avant qu’une «mesure législative» ait vu le jour. Il se rapporte explicitement à la procédure législative, et je ne vois rien dans son libellé qui justifie de conclure que son «objet fondamental» est la constitutionnalisation du principe de l’«interprétation stricte» de la mesure législative en cause, subordonnée ou autre. Indépendamment de l’attrait de la justification générale invoquée par mon collègue, c’est-à-dire le fait de favoriser «la compétence et la responsabilité des parlementaires à l’égard de la taxation» (par. 32), je ne crois pas que notre Cour soit en mesure de faciliter la réalisation de cet objectif en réécrivant l’art. 53. Comme notre Cour l’a récemment affirmé dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, des principes implicites peuvent et doivent être utilisés pour préciser la Constitution, mais ils ne peuvent pas modifier l’idée maîtresse du texte explicite de la Constitution.

Toutefois, à l’instar du juge Major, j’estime que le Règlement 293/92 est *ultra vires* de l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice*, et j’aimerais ajouter un commentaire relativement au recours par les intimés à l’histoire législative pour étayer la position du gouvernement. Les intimés ont souligné l’évolution historique des frais d’homologation en Ontario de 1793 à nos jours et établi un lien entre l’actuel barème des frais et les dispositions de la *Loi sur les successions*, L.R.O. 1990, ch. E.21, qui ont une incidence sur les frais d’homologation. On a prétendu qu’il est légitime de déduire de ce contexte historique que la législature de

cil to impose escalating *ad valorem* probate fees. Leaving aside the taxation issue, the difficulty with relying on legislative history in this case is that the context has changed. The statutory authority no longer exists in an Act dealing with a court exercising a specialized estates jurisdiction. Section 5 of the *Administration of Justice Act*, unlike sections of the *Act to establish a Court of Probate in this Province, and also a Surrogate Court in every District thereof*, S.U.C. 1793, 33 Geo 3, c. 8, and subsequent versions of the *Surrogate Courts Acts*, does not have a narrow focus. Section 5(a) authorizes fees “for any thing required or authorized under any Act to be done by any person in the administration of justice” (emphasis added), s. 5(b) allows fees to be prescribed “in connection with services under any Act for the administration of justice” (emphasis added), and s. 5(c) allows fees to be prescribed “in respect of proceedings in any court” (emphasis added). The words “for”, “in connection with” and “in respect of” are words of very broad signification, and the obligation to pay the prescribed fee can be in relation to an enormous variety of “things”, “services”, and “proceedings”. If s. 5(c), for example, validly authorizes escalating *ad valorem* fees for probate, it must equally authorize escalating *ad valorem* type fees “in respect of” other court proceedings. The 200-year legislative history of probate fees does not, therefore, justify an interpretation of the new and more generalized power to prescribe fees in s. 5 of the *Administration of Justice Act* beyond the sort of “fees” that the text of s. 5 would otherwise support.

It is implicit in the notion of “fee for service” that there is, somewhere, a cost base that is somehow connected to the provision of the relevant service and is to be allocated amongst users. The *New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, at p. 928, includes in its definition of “fee” a “sum payable to a public officer in return for the execution of relevant duties”. The Court of Appeal accepted as appropriate in this regard the costs of operating the entire Ontario Court (General Divi-

l’Ontario entendait, au moyen de l’art. 5, maintenir le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil d’établir des frais d’homologation *ad valorem*. Si l’on fait abstraction de la question de la taxation, la difficulté que pose le recours à l’histoire législative dans le présent cas est que le contexte a changé. Le pouvoir n’est plus prévu par une loi relative à un tribunal exerçant une compétence spécialisée en matière successorale. Contrairement aux articles de l’*Act to establish a Court of Probate in this Province, and also a Surrogate Court in every District thereof*, S.U.C. 1793, 33 Geo. 3, ch. 8, et aux différentes versions de la *Surrogate Courts Act*, l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice* n’a pas un objet restreint. En effet, l’alinéa 5a) autorise la perception d’honoraires «pour tout acte qu’une loi permet ou ordonne à une personne d’accomplir dans le cadre de l’administration de la justice» (je souligne), l’al. 5b) permet de fixer des honoraires «relativement aux services rendus pour l’administration de la justice aux termes d’une loi» (je souligne), et l’al. 5c) permet d’exiger le paiement de frais «relativement à une instance devant un tribunal» (je souligne). Les mots «pour» et «relativement» ont un sens très large, et l’obligation de payer les frais, indemnités et honoraires fixés peut se rapporter à une multitude d’«actes», de «services» et d’«instances». Par exemple, si l’al. 5c) autorise valablement des frais *ad valorem* pour l’homologation, il doit également autoriser des frais *ad valorem* «relativement» à d’autres instances. Les 200 ans d’histoire législative des frais d’homologation ne justifient donc pas de considérer que le nouveau pouvoir plus général prévu par l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice* autorise d’autres types de «frais» que ceux que justifient par ailleurs le texte de cette disposition.

Il ressort implicitement de la notion de «rémunération des services» qu’il y a bien un coût de base associé à la fourniture du service en cause et que ce coût doit être réparti entre les usagers. Le *New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, à la p. 928, définit notamment ainsi le mot anglais «fee»: [TRADUCTION] «somme payable à un fonctionnaire en contrepartie de l’exécution de tâches pertinentes». La Cour d’appel a considéré comme appropriés à cet égard les coûts de fonctionnement

sion). The respondents seem to suggest that all users of the Ontario Court (General Division) are being subsidized by the government treasury and that some users cannot complain if they are subsidized less than other users. The record is singularly bare of any accounting data in this regard. In any event, as a matter of ordinary statutory interpretation, s. 5 cannot reasonably be construed as authorizing a fee for "things", "services" or "proceedings" based on the size of the bank account of the person seeking them rather than the cost of their delivery — however broadly the cost of such things, services or proceedings may be defined.

de la Cour de l'Ontario (Division générale) dans son ensemble. Les intimés semblent suggérer que le Trésor public subventionne tous les usagers de la Cour de l'Ontario (Division générale) et que certains usagers ne peuvent se plaindre même s'ils sont moins subventionnés que d'autres. Le dossier est singulièrement pauvre en données comptables sur la question. Quoi qu'il en soit, suivant les règles d'interprétation législative ordinaires, l'art. 5 ne peut raisonnablement être interprété comme ayant pour effet d'autoriser la perception, à l'égard d'«actes», de «services» ou d'«instances», de frais fondés sur l'importance du compte de banque de l'intéressé plutôt que sur le coût de la prestation de ces actes, services ou instances, aussi générale que puisse être la définition que l'on donne de ce coût.

⁶⁹ In short, the Ontario legislature may delegate the power to prescribe an escalating *ad valorem* probate tax to the Lieutenant Governor in Council but it must do so in clear and unambiguous language. The present section authorizes the Lieutenant Governor in Council to prescribe fees, and unless and until the section is amended the charge to users for the relevant service must have some reasonable relationship to the cost of the provision of that service.

Appeal allowed with costs, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fallis, Fallis & McMillan, Durham, Ont.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau and André Gaudreau, Sainte-Foy.

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

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

En résumé, la législature de l'Ontario peut déléguer au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'établir une taxe d'homologation (*ad valorem*), mais elle doit le faire au moyen d'un texte clair et non ambigu. L'article actuel autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à établir des frais, et tant qu'il n'aura pas été modifié, les frais exigés des usagers du service pertinent doivent avoir un rapport raisonnable avec le coût de la prestation de ce service.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Fallis, Fallis & McMillan, Durham (Ont.).

Procureur des intimés: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau et André Gaudreau, Sainte-Foy.

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

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



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. 2

and Tables

Cited as [1998] 2 S.C.R. { i-xxxviii
597-692

4^e cahier, 1998 Vol. 2

et Tables

Renvoi [1998] 2 R.C.S. { i-xxxviii
597-692

NOTICE

There will be four parts in Volume 2 of the 1998 Supreme Court Reports. There will also be a Volume 3 which will contain four parts.

February 1999

AVIS

Il y aura quatre cahiers dans le volume 2 du Recueil des arrêts de la Cour suprême de 1998. Il y aura également un troisième volume qui comprendra quatre cahiers.

Février 1999

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	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xxix
Authors Cited	xxxiii
Index	685
R. v. Cook	597

Constitutional law — Charter of Rights — Extraterritorial application — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly

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	xv
Table de la jurisprudence.....	xvii
Lois et règlements cités	xxxix
Doctrine citée	xxxiii
Index	689
R. c. Cook	597

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application extraterritoriale — Interrogatoire par des policiers canadiens aux États-Unis d'une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'as-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

infringed — Whether the Charter applies to the taking of the accused's statement in the United States by Canadian police for a criminal prosecution to take place in Canada — If so, whether the Charter was breached — If a breach occurred, whether the statement should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2), 32(1).

Evidence — Admissibility — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly infringed — Statement's admission sought to impeach credibility — Whether or not statement made at interview should be admitted.

R. v. Lauda..... 683

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Trespasser growing marijuana in abandoned fields — Plants seized pursuant to warrant issued after police given tip — Search and seizure not unconstitutional because trespasser without reasonable expectation of privacy.

R. v. W. (D.D.)..... 681

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Adoption records — Right to fair trial.

SOMMAIRE (Fin)

sistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b)) — La Charte s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'accusé par des policiers canadiens, aux États-Unis, en vue de poursuites pénales au Canada? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la Charte? — S'il y a eu violation de la Charte, la déclaration doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(2), 32(1).

Preuve — Admissibilité — Policiers canadiens interrogeant aux États-Unis une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b)) — Admission de la déclaration demandée par le ministère public pour attaquer la crédibilité de l'accusé — La déclaration faite à l'interrogatoire devrait-elle être admise?

R. c. Lauda..... 683

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Intrus cultivant de la marijuana dans des champs abandonnés — Plants saisis en vertu d'un mandat décerné à la suite d'informations données aux policiers — Perquisition et saisie valides pour le motif que l'intrus n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée.

R. c. W. (D.D.)..... 681

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Dossiers d'adoption — Droit à un procès équitable.



1998 Volume 2

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

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

ERRATA

[1998] 2 S.C.R. pp. 358 to 378, running head. Read
“[1998] 2 S.C.R.” instead of “[1998] 1 S.C.R.”, and
“[1998] 2 R.C.S.” instead of “[1998] 1 R.C.S.”.

[1998] 2. R.C.S. pp. 358 à 378, titre courant. Lire
«[1998] 2 S.C.R.» au lieu de «[1998] 1 S.C.R.» et
«[1998] 2 R.C.S.» au lieu de «[1998] 1 R.C.S.».

MOTIONS — REQUÊTES
(July 1 to October 31, 1998 — 1^{er} juillet au 31 octobre 1998)

- 600 Talbot Street London Ltd. v. Middlesex Condominium Corporation No. 87* (Ont.), 26569, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 65302 British Columbia Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 26352, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- 166404 Canada Inc. v. Coulter* (Ont.), 26652, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 604598 Saskatchewan Ltd. v. Saskatchewan Liquor and Gaming Authority* (Sask.), 26566, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ahluwalia (Ranjit S.) v. Richmond Cabs Ltd.* (B.C.), 26620, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ahluwalia (Ranjit S.) v. Richmond Cabs Ltd.* (B.C.), 26621, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Air Canada v. Ticketnet Corporation* (Ont.), 26421, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alta Ltée c. Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec* (Qué.), 26533, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Halpert* (Crim.)(B.C.), 26534, leave to appeal refused with costs, 9.7.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aubin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26674, leave to appeal refused, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Augustine v. Lopes* (Ont.), 26582, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- BC School Sports v. Peerless* (B.C.), 26656, leave to appeal refused with costs, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baas v. Jellema* (B.C.), 26706, leave to appeal refused with costs, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baker v. Francis* (Ont.), 26562, the application for leave to appeal is granted on the limited issue of interpretation of s. 4(b) of the *Federal Child Support Guidelines*, 20.8.98, la demande d'autorisation d'appel est accueillie à l'égard de la seule question de l'interprétation de l'al. 4b) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*
- Balanyk v. Greater Niagara General Hospital* (Ont.), 26498, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrouk c. Crowther* (C.A.F.)(Alb.), 26447, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Barry v. Oakley* (N.S.), 26655, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bax v. Workers' Compensation Board* (Sask.), 26515, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Bellerose c. Commission de l'assurance-emploi Canada* (C.A.F.)(Qué.), 26594, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bernier c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* (N.-B.), 26639, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beyer v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26437, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Bonanca v. Jones* (Ont.), 26521, leave to appeal refused with costs, 3.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bond v. Novak* (B.C.), 26811, leave to appeal granted, 15.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Brasserie Labatt Ltée c. Ladouceur, ès qualités d'arbitre de griefs* (Qué.), 26605, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Breriton v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26669, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Human Rights Commission v. Blencoe* (B.C.), 26789, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Bukmeier v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26579, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Bull v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26669, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Burke v. Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (P.E.I.), 26512, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burton v. Dreifelds* (Ont.), 26680, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Buxbaum v. Buxbaum* (Ont.), 26490, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Byer c. Reyes* (Qué.), 26539, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Montego Forest Products (Holdings) Ltd.* (Ont.), 26568, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Director of Investigation and Research* (Ont.), 26317, notice of discontinuance filed, 31.7.98, avis de désistement produit.
- Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. Pearson* (Alta.), 26286, notice of discontinuance filed, 30.9.98, avis de désistement produit.
- Cardinal v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26669, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Cargill Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 26547, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carpenter Fishing Corporation v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 26484, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carter v. Boardman* (N.B.), 25921, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Cercle d'Or Taxi Ltée c. Ville de Montréal* (Qué.), 26607, leave to appeal refused, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Chappell v. J.M.F.* (B.C.), 26571, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chatwell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26492, leave to appeal refused, 5.10.98, autorisation de pourvoi refusée. Application to quash appeal as of right granted, 4.5.98, requête en annulation d'appel de plein droit accueillie.
- Christiansen v. Paramount Developments Corporation* (Alta.), 26545, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clément c. Polyvalente La-Porte-du-Nord* (Qué.), 26619, leave to appeal refused, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée.

- Collie Woollen Mills Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26518, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Color Your World Corporation v. Canadian Broadcasting Corporation* (Ont.), 26584, leave to appeal refused with costs, 24.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal c. Chubb du Canada Compagnie d'assurance* (Qué.), 26611, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Comsa v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26700, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Conrad v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26643, leave to appeal refused, 24.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- D.J.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26573, leave to appeal refused, 9.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Deslauriers (Claude) c. Bureau de L'OAGQ* (Qué.), 26565, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deslauriers (Claude) c. Bureau de direction de l'Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec* (Qué.), 26591, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deslauriers (Claude) c. Labelle* (Qué.), 26592, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Distributions Percour Inc. c. Boutique de sexe Ultramag Inc.* (Qué.), 26577, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dobnik v. Darcy's Import Co.* (Ont.), 26613, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Doody v. Canada (Employment Insurance Commission)* (F.C.A.)(Que.), 26729, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dopf v. Royal Bank of Canada* (B.C.), 26525, leave to appeal refused with costs, 10.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Durack v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26660, leave to appeal refused, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Eagle v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26553, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Eisenhauer v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26561, leave to appeal refused, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Entreprises J.J.P. Inc. c. Métro-Richelieu Inc.* (Qué.), 26617, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Etienne v. Remus* (Ont.), 26627, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fafard c. Commission de la construction du Québec* (Qué.), 26585, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Farber v. Townsgate 1 Ltd.* (Ont.), 26557, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Find v. Bombardier Credit Ltd.* (Ont.), 26575, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Fortin c. Gosselin* (C.A.F.)(Qué.), 26552, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Free World Trust c. Électro Santé Inc.* (Qué.), 26406, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Gadzella v. Gadzella* (Sask.), 26618, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Gagnon c. Provident, compagnie d'assurances* (Qué.), 26726, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gauthier (Michael) v. Mousseau* (Man.), 26715, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gencorp Canada Inc. v. Superintendent of Pensions for Ontario* (Ont.), 26626, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Gernhart v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26469, leave to appeal refused with costs, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Girard c. Corporation municipale de Saint-Léonard de Portneuf* (Qué.), 26559, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goel (Bharat) v. MacNeil* (Ont.), 26717, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Goel (Bharat) v. Mandel* (Ont.), 26719, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goel (Bharat) v. Minister of Human Resources Development* (F.C.A.)(Ont.), 26449, leave to appeal refused, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Goel (Bharat) v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 26491, leave to appeal refused, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Goel (Ram) v. Boland* (Ont.), 26720, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Granovsky v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 26615, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Grimsson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26595, leave to appeal refused, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Grismer v. British Columbia Council of Human Rights* (B.C.), 26481, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Groupe Montech Inc. c. Montage et découpage Promag Inc.* (Qué.), 26745, notice of discontinuance filed, 1.10.98, avis de désistement produit.
- Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corporation* (Ont.), 26654, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Gurtler v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26640, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- H.K. c. Direction de la protection de la jeunesse (Centre jeunesse de Montréal)* (Qué.), 26760, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Hagen v. Stromner* (Alta.), 26541, leave to appeal refused with costs, 10.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hahn v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 26685, leave to appeal refused, 3.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Horn v. Dreifelds* (Ont.), 26670, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hunter v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26580, leave to appeal refused, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Innopac Inc. v. Reynolds* (Ont.), 26531, leave to appeal refused with costs, 3.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.-J.L. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26653, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- John Carten Personal Law Corporation v. Attorney General for British Columbia* (B.C.), 26625, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- John W. Harvey Real Estate Co. v. Spence* (Ont.), 26517, leave to appeal refused, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnston v. M & E Holdings Ltd.* (N.S.), 26522, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- K.L.W. v. Winnipeg Child and Family Services* (Man.), 26779, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- KLM Royal Dutch Airlines v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 26572, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Karpeta v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (Ont.), 26671, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kornelsen v. Regional Municipality of Wood Buffalo* (Alta.), 26707, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kouldjim v. University of Ottawa* (Ont.), 26511, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Krapohl (Heinz Gunter) v. The Queen* (Ont.), 26688, notice of discontinuance filed, 7.10.98, avis de désistement produit.
- Krapohl (Hildegard) v. Federal Republic of Germany* (Ont.), 24584, notice of discontinuance filed, 7.10.98, avis de désistement produit.
- Krieser v. Bank of Montreal* (Ont.), 26624, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Krlinski v. Crestvalley Homes Ltd.* (Ont.), 26681, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kroppmanns v. Townsend* (B.C.), 26686, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- LaBelle v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 26488, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Lagowski v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26635, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Lawrence v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26610, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ledinski v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26698, leave to appeal refused, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Légaré c. Commission de l'assurance-emploi Canada* (C.A.F.)(Qué.), 26593, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Livingston v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26609, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Lo v. Scotia McLeod Inc.* (B.C.), 26616, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.S. v. The National Parole Board* (F.C.A.)(B.C.), 26696, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacDonell c. Flahiff* (Qué.), 26502, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- MacKinnon v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26641, leave to appeal refused, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- MacLean v. Dabbs* (Ont.), 26855, leave to appeal refused with costs, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marchand c. Hydro-Québec* (Qué.), 26631, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marshall v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26602, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Matthews v. Nowell* (Ont.), 26372, notice of discontinuance filed, 8.9.98, avis de désistement produit.
- Mazzeo v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26387, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McCaw v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26589, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- McCreery v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26672, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- McMechan v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26638, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of Finance v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (Ont.), 26503, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Moore v. Johnson* (B.C.), 26586, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrissey v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26703, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Mosher (Donald B.) v. Padovan* (Ont.), 26662, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Mosher (Donald B.) v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26663, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Naef v. McLean Brothers Fisheries Inc.* (Ont.), 26389, leave to appeal refused with costs, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nguyen v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 26691, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Noname v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26543, leave to appeal refused, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Nordyne v. The Queen* (Crim.)(Que.), 26574, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- O'Malley v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26480, leave to appeal refused, 10.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Pacific Press v. The Queen* (B.C.), 26751, notice of discontinuance filed, 28.10.98, avis de désistement produit.
- Patenaude c. Procureur général du Québec* (Qué.), 26588, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perley v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 26599, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Poudrier v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26554, leave to appeal refused, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Puskas v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26373, leave to appeal refused, 5.10.98, autorisation de pourvoi refusée. Application to quash appeal as of right granted, 4.5.98, requête en annulation d'appel de plein droit accueillie.
- Pyne v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26648, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Elliott* (Crim.)(Ont.), 26600, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Oickle* (Crim.)(N.S.), 26535, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Watt* (F.C.A.)(Ont.), 26537, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. White* (Crim.)(B.C.), 26473, leave to appeal granted, 17.9.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of the Province of Newfoundland v. Atlantic Leasing Ltd.* (Nfld.), 26846, notice of discontinuance filed, 20.10.98, avis de désistement produit.
- R.L. v. Children's Aid Society of Ottawa-Carleton* (Ont.), 26644, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Robinson v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 26513, leave to appeal refused with costs, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rockwood v. Minister of National Revenue* (Nfld.), 26777, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roland Home Improvements Ltd. v. National Bank of Canada* (Ont.), 26528, leave to appeal refused with costs, 2.7.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roussel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26551, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Bank of Canada v. Director of Investigation and Research* (Ont.), 26316, notice of discontinuance filed, 22.9.98, avis de désistement produit.
- Ruscetta v. Graham* (Ont.), 26637, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Samra v. McGraw* (Ont.), 26665, leave to appeal refused with costs, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Senior c. Racicot* (Qué.), 26673, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sewell v. Hnatyshyn* (Ont.), 26536, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sheikholeslami v. Atomic Energy of Canada Ltd.* (F.C.A.)(B.C.), 26608, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shell Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 26596, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Shewfelt v. The Queen in right of Canada* (B.C.), 26606, leave to appeal refused with costs, 24.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sivakumar v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26530, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Société nationale immobilière Sonatim Inc. c. Société de développement de l'Île Bizard Inc.* (Qué.), 26713, notice of discontinuance filed, 19.8.98, avis de désistement produit.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Béton St-Pierre Inc.* (Qué.), 26520, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. St-Pierre* (Qué.), 26524, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Spencer v. King* (N.B.), 26496, leave to appeal refused with costs, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Summerbell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26630, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Swicheniuk v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26649, leave to appeal refused, 10.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Szondy c. Racicot* (Qué.), 26675, leave to appeal refused with costs, 29.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- T.B.K. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26581, leave to appeal refused, 9.7.98, autorisation de pourvoi refusée.
- T.G. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26550, leave to appeal refused, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Taggart v. Brancato Construction Ltd.* (Ont.), 26532, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Takacs v. Gallo* (B.C.), 26657, leave to appeal refused with costs, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25726, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Terceira v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26546, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Thawani v. Sarmiento* (Man.), 26711, leave to appeal refused, 15.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Thibault c. Collège des médecins du Québec* (Qué.), 26576, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Titan Fishing Ltd. v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 26484, leave to appeal refused with costs, 20.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Town of Port McNeill v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26628, leave to appeal refused, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 26549, leave to appeal refused, 10.9.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Trudel c. Sûreté du Québec* (Qué.), 26544, leave to appeal refused with costs, 13.8.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trust prêt et revenu c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 26597, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- V.S. c. Y.B.* (Qué.), 26475, leave to appeal refused, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée.

- Varma v. Canada Post Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 26487, leave to appeal refused, 1.10.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de Boisbriand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (Qué.), 26583, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Ville de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (Qué.), 26583, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- W.R. Scott Equipment Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (Alta.), 26556, leave to appeal refused with costs, 17.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walcott v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26567, leave to appeal refused with costs, 3.9.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weidenfeld v. Hashey* (Ont.), 26629, leave to appeal refused with costs, 8.10.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(N.S.), 26601, leave to appeal granted, 8.10.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Yaari v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26690, leave to appeal refused, 22.10.98, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		E	
Apotex Inc., Eli Lilly & Co. v.	129	Ekmečić, R. v. (Motion)	443
Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc. v.	193	Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.	129
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.	129
		Eurig Estate (Re).....	565
B		G	
Beaumont, Gauthier v.	3	Gauthier v. Beaumont	3
Brome Lake (Town), Gauthier v.	3	Gauthier v. Brome Lake (Town)	3
C		H	
Campbell, R. v. (Motion).....	443	Hodgson, R. v.....	449
Canada, Continental Bank of Canada v.	358	L	
Canada, Continental Bank Leasing Corp. v.	298	L. (M.), New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v.	534
Canada (Minister of National Health and Wel- fare), Merck Frosst Canada Inc. v.	193	Lauda, R. v.....	683
Commission see also "Canada" or the name of province		M	
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	298	M.C.H., R. v.....	449
Continental Bank of Canada v. Canada	358	M.L., New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v.	534
Cook, R. v.	597	Manitoba (Minister of Justice), Manitoba Provin- cial Judges Assn. v. (Motion)	443
Côté, R. v.	72	Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice) (Motion).....	443
Cuerrier, R. v.....	371	Ménard, R. v.....	109
D		Merck Frosst Canada Inc., Apotex Inc. v.....	193
D.D.W., R. v.	681		

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		E	
Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Inc.	193	Ekmeccic, R. c. (Requête)	443
Apotex Inc., Eli Lilly & Co. c.	129	Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.	129
		Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.	129
B		G	
Banque Continentale du Canada c. Canada.....	358	Gauthier c. Beaumont	3
Beaumont, Gauthier c.	3	Gauthier c. Lac Brôme (Ville).....	3
C		H	
Campbell, R. c. (Requête).....	443	Hodgson, R. c.	449
Canada, Banque Continentale du Canada c.	358		
Canada, Continental Bank Leasing Corp. c.	298	L	
Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), Merck Frosst Canada Inc. c.	193	L. (M.), Nouveau-Brunswick (Ministre de la San- té et des Services communautaires) c.	534
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		La Reine voir aussi «R.»	
Continental Bank Leasing Corp. c. Canada.....	298	Lac Brôme (Ville), Gauthier c.	3
Cook, R. c.	597	Lauda, R. c.	683
Côté, R. c.	72		
Cuerrier, R. c.	371	M	
D		M.C.H., R. c.	449
D.D.W., R. c.	681	M.L., Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c.	534
		Manitoba (Ministre de la Justice), Manitoba Pro- vincial Judges Assn. c. (Requête)	443
		Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice) (Requête).....	443
		Ménard, R. c.	109

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Adams v. McLeod.....	[1978] 2 S.C.R. 621.....	554
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609.....	261
Affaire du «Lotus»	(1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10.....	617, 666
Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955.....	C.I.J. Recueil 1955, p. 4.....	672
Air Canada c. Colombie-Britannique.....	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	586
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	586
Alberta (Director of Child Welfare) v. L.L.O.	[1996] A.J. No. 660 (QL)	562
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)	[1993] 4 S.C.R. 371.....	576, 591
Amyot c. La Reine.....	[1991] R.J.Q. 954.....	501
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 C.F. 742.....	212
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 F.C. 742.....	212
Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc.	[1998] 2 S.C.R. 193.....	138
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	619
Argentine c. Mellino.....	[1987] 1 R.C.S. 536.....	619
Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche	(1875), L.R. 7 H.L. 653	330
Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.	[1955] A.C. 457.....	660
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada.....	[1947] A.C. 127.....	231
Augustus c. Gosset.....	[1990] R.J.Q. 2641	66
B		
Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler	[1906] 1 Ch. 605	173
Bank of Montreal v. Bail Ltée	[1992] 2 S.C.R. 554.....	47
Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng.....	[1989] 2 S.C.R. 429.....	47
Banque Continentale du Canada c. Canada.....	[1998] 2 R.C.S. 358.....	304
Banque de Montréal c. Bail Ltée	[1992] 2 R.C.S. 554.....	47
Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng.....	[1989] 2 R.C.S. 429.....	47
Banque Nationale du Canada c. Soucisse.....	[1981] 2 R.C.S. 339.....	47
Beaubien c. Laframboise.....	(1925), 40 B.R. 194.....	42
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345.....	59
Betts v. Willmott	(1871), L.R. 6 Ch. App. 245.....	173

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Bolduc v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 677.....	421
Boucher v. The King.....	[1951] S.C.R. 265.....	253
Boudreau v. The King.....	[1949] S.C.R. 262.....	462
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210.....	398, 470
British Columbia Telephone Co. v. Minister of National Revenue	(1994), 167 N.R. 112.....	366
British Columbia Telephone Co. c. Ministre du Revenu national...	(1994), 167 N.R. 112.....	366

C

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources).....	[1989] 2 S.C.R. 49.....	271
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net.....	[1998] 1 R.C.S. 626.....	669
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net.....	[1998] 1 S.C.R. 626.....	669
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources).....	[1989] 2 R.C.S. 49.....	271
Canada v. Antosko.....	[1994] 2 S.C.R. 312.....	328
Canada v. Schmidt.....	[1987] 1 S.C.R. 500.....	619
Carey v. United States.....	326 F.2d 975 (1964).....	159
Cass. civ., 10 février 1966.....	D.1967.315.....	43
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)	[1994] 2 S.C.R. 165.....	556
Cathro v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 101.....	125
Children's Aid Society of the District of Thunder Bay v. T.T.	[1992] O.J. No. 2975 (QL).....	560
Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.).....	[1991] O.J. No. 552 (QL).....	561
Children's Aid Society of Winnipeg v. N.	(1979), 9 R.F.L. (2d) 326.....	553
Chung Chi Cheung v. The King.....	[1939] A.C. 160.....	665
Clarkson c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 383.....	490
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383.....	490
Commissioners of Customs and Excise v. Harz.....	[1967] 1 A.C. 760.....	465
Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 S.C.R. 388.....	330
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888.....	153
Continental Bank of Canada v. Canada.....	[1998] 2 S.C.R. 358.....	304
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada.....	[1998] 2 S.C.R. 298.....	361
Cope v. Rowlands.....	(1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707.....	334
Cotton v. The King.....	[1914] A.C. 176.....	580
Cyrix Corp. v. Intel Corp.	77 F.3d 1381 (1996).....	175

D

D.P.P. v. Ping Lin.....	[1976] A.C. 574.....	487
Daniels v. White and The Queen.....	[1968] S.C.R. 517.....	664
David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.....	[1995] 1 F.C. 588.....	153, 204
De Demko v. Home Secretary.....	[1959] A.C. 654.....	230
DeClercq v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 902.....	464

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Deokinanan v. R.....	[1968] 2 All E.R. 346.....	469
Director of Child Welfare (Alta.) v. A.C.....	(1991), 121 A.R. 301.....	562
Dombovary v. Dombovary	(1997), 87 B.C.A.C. 318	554
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	661
E		
E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Shell Oil Co.	227 USPQ 233 (1985).....	159
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	248
Eli Lilly & Co. v. Novopharm.....	[1998] 2 S.C.R. 129.....	197
Erven c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 926.....	460, 510
Erven v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 926.....	460, 509
États-Unis c. Allard.....	[1987] 1 R.C.S. 564.....	619
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888.....	153
F		
Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 R.C.S. 388.....	330
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455.....	249
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455.....	249
G		
Gillette v. Rea	(1909), 1 O.W.N. 448.....	173
Glaxo Wellcome Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	(1997), 75 C.P.R. (3d) 129.....	144, 212
Glaxo Wellcome Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare).....	(1997), 75 C.P.R. (3d) 129.....	144, 212
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377.....	261
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 377.....	261
Gudmondson v. The King	(1933), 60 C.C.C. 332	86
H		
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995.....	252
Hardy's Trial.....	(1794), 24 State Tr. 199	489
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 2 R.C.S. 876.....	255
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876.....	255
Hegarty v. Shine.....	(1878), 14 Cox C.C. 145.....	408
Hickman Motors Ltd. v. Canada	[1997] 2 S.C.R. 336.....	320
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117.....	589

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Holman v. Johnson.....	(1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120	343
Horvath c. La Reine.....	[1979] 2 R.C.S. 376.....	462
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376.....	462
Houle c. Banque canadienne nationale	[1990] 3 R.C.S. 122.....	47
Houle v. Canadian National Bank.....	[1990] 3 S.C.R. 122.....	47
Howard and Bullough, Ld. v. Tweedales and Smalley	(1895), 12 R.P.C. 519.....	164
Hudgell Yeates & Co. v. Watson	[1978] 2 All E.R. 363.....	346, 369
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	659
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599.....	462, 487
In re London and Globe Finance Corp.....	[1903] 1 Ch. 728	426
Indian Molybdenum Ltd. v. The King.....	[1951] 3 D.L.R. 497	168
Intel Corp. v. ULSI System Technology Inc.....	995 F.2d 1566 (1993).....	173
Irving Oil Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick.....	[1980] 1 S.C.R. 787.....	590
Irving Oil Ltd. c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick....	[1980] 1 R.C.S. 787.....	590
J		
Joy Oil Co. v. The King.....	[1951] S.C.R. 624.....	167
K		
Kanesharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	(1996), 120 F.T.R. 67.....	673
Kanesharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1996), 120 F.T.R. 67.....	673
Karavos v. Toronto & Gillies.....	[1948] 3 D.L.R. 294	213
Kathleen K. v. Robert B.....	198 Cal.Rptr. 273 (1984)	427
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87.....	559
L		
La Reine c. McLeod	90 D.T.C. 6281	366
Lacrouz c. Couture.....	[1991] R.R.A. 493	67
Lampson v. City of Quebec.....	(1920), 54 D.L.R. 344	166
Lavigne c. SEFPO.....	[1991] 2 R.C.S. 211.....	661
Lavigne v. OPSEU.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	661
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	676
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] S.C.R. 357.....	572
Lego v. Twomey.....	404 U.S. 477 (1972).....	492
Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada, Ltd.	[1970] S.C.R. 833.....	188
Libman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 178.....	667
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178.....	667
Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick.....	[1892] A.C. 437.....	250

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
M		
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	262
Mahon c. Ministre du Revenu national.....	91 D.T.C. 878.....	318
Mahon v. Minister of National Revenue.....	91 D.T.C. 878.....	318
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada.....	[1976] 1 R.C.S. 108.....	397
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada.....	[1976] 1 S.C.R. 108.....	397
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick.....	[1983] 1 R.C.S. 704.....	238
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick.....	[1983] 1 S.C.R. 704.....	238
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	646
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	646
Menard v. Genereux.....	(1982), 39 O.R. (2d) 55.....	342
Merck & Co. v. Apotex Inc.	(1994), 59 C.P.R. (3d) 133.....	157
Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	(1994), 55 C.P.R. (3d) 302.....	184, 211
Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare).....	(1994), 55 C.P.R. (3d) 302.....	184, 211
Minister of National Revenue v. Riendeau.....	(1991), 132 N.R. 157.....	367
Ministre du Revenu national c. Riendeau.....	(1991), 132 N.R. 157.....	367
Morris c. La Reine.....	[1979] 2 R.C.S. 1041.....	476
Morris v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 1041.....	476
Muskrat v. United States.....	219 U.S. 346 (1911).....	232
N		
Nadeau c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 570.....	104
Nadeau v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 570.....	104
National Bank of Canada v. Soucisse.....	[1981] 2 S.C.R. 339.....	47
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	665
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	665
National Phonograph Co. of Australia, Ltd. v. Menck.....	[1911] A.C. 336.....	187
Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée.....	[1972] R.C.S. 678.....	335
Neider v. Carda of Peace River District Ltd.	[1972] S.C.R. 678.....	335
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.D.....	(1994), 145 N.B.R. (2d) 14.....	560
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.).....	[1988] 1 S.C.R. 1073.....	554
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D. (K.).....	[1991] N.B.J. No. 222 (QL).....	560
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.....	[1995] N.B.J. No. 576 (QL).....	561
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Jackson.....	(1991), 121 N.B.R. (2d) 434.....	557
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K. (B.).....	[1990] N.B.J. No. 1141 (QL).....	557

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.	(1991), 117 N.B.R. (2d) 229	561
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. P.P.	(1990), 117 N.B.R. (2d) 222	561
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.N.	(1997), 194 N.B.R. (2d) 204	560
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.P.S.	[1993] N.B.J. No. 96 (QL)	561
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G.	(1997), 193 N.B.R. (2d) 274	560
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	248
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	248
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	418
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada	[1983] 1 S.C.R. 733	250
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada	[1983] 1 R.C.S. 733	250
Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955	I.C.J. Reports 1955, p. 4	672
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)	[1988] 1 R.C.S. 1073	554
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.	(1990), 109 N.B.R. (2d) 202	557
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.	[1997] A.N.-B. n° 417 (QL)	557
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. D.L.C.	(1995), 138 N.S.R. (2d) 241	561
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. K.M.S.	(1995), 141 N.S.R. (2d) 288	559
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)	(1992), 41 R.F.L. (3d) 321	558

O

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)	[1997] 3 R.C.S. 925	398, 470
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929	576, 591
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929	576, 591
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	258
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	258
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	248
Orion Finance Ltd. v. Crown Financial Management Ltd.	[1996] 2 B.C.L.C. 78	317
Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec	[1981] 2 R.C.S. 113	12, 37

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
P		
Park c. La Reine.....	[1981] 2 S.C.R. 64.....	513
Park v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 64.....	513
Piché c. La Reine.....	[1971] R.C.S. 23.....	466
Piché v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 23.....	466
Powell c. La Reine.....	[1977] 1 R.C.S. 362.....	513
Powell v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 362.....	513
Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée	[1967] S.C.R. 60.....	592
Procureur général du Québec c. Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord.....	[1979] C.S. 216.....	40
Prosko v. The King.....	(1922), 63 S.C.R. 226.....	462
Q		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 R.C.S. 211.....	58
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 S.C.R. 211.....	58
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée	[1977] 2 R.C.S. 1054.....	229
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.....	[1977] 2 S.C.R. 1054.....	229
R		
R. v. A.B.	(1986), 26 C.C.C. (3d) 17.....	459, 496
R. v. Amyot.....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 312.....	501
R. v. Arcangioli.....	[1994] 1 S.C.R. 129.....	76
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	120
R. v. Bartle.....	[1994] 3 S.C.R. 173.....	632
R. v. Belnavis.....	[1997] 3 S.C.R. 341.....	684
R. v. Bennett.....	(1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925.....	407, 429
R. v. Berger.....	(1975), 27 C.C.C. (2d) 357.....	472
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	677
R. v. Bouvier.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 257.....	94
R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.....	(1977), 39 C.R.N.S. 1.....	427
R. v. Burden.....	(1981), 25 C.R. (3d) 283.....	385
R. v. Burdick.....	(1975), 27 C.C.C. (2d) 497.....	94
R. v. Buric.....	(1996), 28 O.R. (3d) 737.....	465
R. v. Calder.....	[1996] 1 S.C.R. 660.....	614, 654
R. v. Case.....	(1850), 1 Den. 580, 169 E.R. 381.....	409
R. v. Charemski.....	[1998] 1 S.C.R. 679.....	465
R. v. Clarence.....	(1888), 22 Q.B.D. 23.....	394, 421
R. v. Cole.....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 269.....	94
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	613

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Collins	(1975), 29 C.C.C. (2d) 304	496
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	507, 656
R. v. Court	(1995), 99 C.C.C. (3d) 237	82, 119
R. v. Dee	(1884), 14 L.R. Ir. 468	408
R. v. Deruelle	[1992] 2 S.C.R. 663	397
R. v. Downey	(1976), 32 C.C.C. (2d) 511	473
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	634
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	684
R. v. Flattery	(1877), 2 Q.B.D. 410	408
R. v. Fowler	(1982), 4 C.C.C. (3d) 481	496
R. v. Frewin	(1855), 6 Cox C.C. 530	501
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	613, 643
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	466, 501
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	391
R. v. Hodgson	[1998] 2 S.C.R. 449	521, 528
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	89
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	385, 397, 417
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	120, 487
R. v. Kuldip	[1990] 3 S.C.R. 618	613
R. v. Kyle	(1991), 68 C.C.C. (3d) 286	505
R. v. Linekar	[1995] 3 All E.R. 69	411
R. v. Lomage	(1991), 2 O.R. (3d) 621	509
R. v. MacKenzie	[1993] 1 S.C.R. 212	102
R. v. Marinaro	[1996] 1 S.C.R. 462	89
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	117
R. v. Maurantonio	[1968] 1 O.R. 145	406, 421
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	397
R. v. McIntyre	(1993), 135 N.B.R. (2d) 266	500
R. v. McKenzie	[1965] 3 C.C.C. 6	476, 501
R. v. McNamara (No. 1)	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193	94
R. v. Mercer	(1993), 84 C.C.C. (3d) 41	414
R. v. Minhas	(1986), 29 C.C.C. (3d) 193	94
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	82, 122
R. v. Nikal	[1996] 1 R.C.S. 1013	435
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	254
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	426
R. v. Paonessa	(1982), 66 C.C.C. (2d) 300	494
R. v. Parrington	(1985), 20 C.C.C. (3d) 184	94
R. v. Peavoy	(1997), 117 C.C.C. (3d) 226	85
R. v. Petrozzi	(1987), 35 C.C.C. (3d) 528	398, 417
R. v. Pettipiece	(1972), 7 C.C.C. (2d) 133	512
R. v. Poirier	(1995), 56 B.C.A.C. 131	83
R. v. Postman	(1977), 3 A.R. 524	476
R. v. Pozniak	[1994] 3 S.C.R. 310	632
R. v. Richens	[1993] 4 All E.R. 877	94
R. v. Roadhouse	(1933), 61 C.C.C. 191	472

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	466
R. v. S. (S.).....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	252
R. v. Salituro.....	[1991] 3 S.C.R. 654.....	398, 470
R. v. Sang.....	[1979] 2 All E.R. 1222.....	465
R. v. Scott.....	(1984), 1 O.A.C. 397.....	475
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	398, 488
R. v. Sinclair.....	(1867), 13 Cox C.C. 28.....	407, 429
R. v. Smith.....	[1992] 2 S.C.R. 915.....	120
R. v. Smith.....	(1993), 31 B.C.A.C. 189.....	94
R. v. Sparrow.....	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	262
R. v. Ssenyonga.....	(1993), 81 C.C.C. (3d) 257.....	398, 417
R. v. Stewart.....	(1980), 54 C.C.C. (2d) 93.....	496
R. v. Stillman.....	[1997] 1 S.C.R. 607.....	634
R. v. Swezey.....	(1974), 20 C.C.C. (2d) 400.....	477, 509
R. v. Sweryda.....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 325.....	474, 501
R. v. Terry.....	[1996] 2 S.C.R. 207.....	613, 644
R. v. Théroux.....	[1993] 2 S.C.R. 5.....	388, 427
R. v. Thornton.....	[1993] 2 S.C.R. 445.....	417
R. v. Todd.....	(1901), 4 C.C.C. 514.....	471, 500
R. v. Treacy.....	[1971] A.C. 537.....	665
R. v. Trenholme.....	(1920), 35 C.C.C. 341.....	473, 504
R. v. Unger.....	(1993), 83 C.C.C. (3d) 228.....	507
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	104
R. v. Warickshall.....	(1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234.....	463
R. v. Wells.....	[1998] 2 S.C.R. 517.....	457, 511
R. v. White.....	[1998] 2 S.C.R. 72.....	112
R. v. Whitford.....	(1997), 115 C.C.C. (3d) 52.....	639
R. v. Whittle.....	[1994] 2 S.C.R. 914.....	466, 492
R. v. Wilband.....	[1967] S.C.R. 14.....	473
R. v. Wiltse.....	(1994), 19 O.R. (3d) 379.....	90
R. v. Zlatic.....	[1993] 2 S.C.R. 29.....	427
Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba.....	(1977), 77 D.L.R. (3d) 445.....	230
Re H.I.R.....	(1984), 37 R.F.L. (2d) 337.....	553
Re M.A.G.....	(1986), 73 N.B.R. (2d) 443.....	551
Re References by Governor-General in Council.....	(1910), 43 S.C.R. 536.....	229
Re S.G.N.....	[1994] A.J. No. 946 (QL).....	560
Re the Initiative and Referendum Act.....	[1919] A.C. 935.....	251
Reference re Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	582
Reference re Alberta Statutes.....	[1938] S.C.R. 100.....	253
Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House.....	[1980] 1 S.C.R. 54.....	238
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	261
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.).....	[1991] 2 S.C.R. 525.....	236
Reference re Education Act (Que.).....	[1993] 2 S.C.R. 511.....	261
Reference re Education System in Island of Montreal.....	[1926] S.C.R. 246.....	238
Reference re Goods and Services Tax.....	[1992] 2 S.C.R. 445.....	238
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	227

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Newfoundland Continental Shelf.....	[1984] 1 S.C.R. 86.....	235
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution	[1982] 2 S.C.R. 793.....	239
Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Co- lumbia.....	[1967] S.C.R. 792.....	235
Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Con- stable.....	(1957), 7 D.L.R. (2d) 222.....	660
Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences	[1943] S.C.R. 208.....	235
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	254
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7).....	[1993] 1 S.C.R. 839.....	262
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island.....	[1997] 3 S.C.R. 3.....	238
Reference re Resolution to amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	238
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217.....	594
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200.....	238
Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute	[1980] 1 R.C.S. 54.....	238
Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution	[1982] 2 R.C.S. 793.....	239
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	238
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839.....	262
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.).....	[1993] 2 R.C.S. 511.....	261
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles.....	[1978] 2 R.C.S. 1198.....	582
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1997] 3 R.C.S. 3.....	238
Renvoi relatif à la sécession du Québec.....	[1998] 2 R.C.S. 217.....	594
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445.....	238
Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve.....	[1984] 1 R.C.S. 86.....	235
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	261
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525.....	236
Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158.....	254
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	227
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121.....	257
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640.....	466, 494
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	466, 494
Royal Bank of Canada v. Grobman.....	(1977), 18 O.R. (2d) 636.....	334
Rucker Co. v. Gavel's Vulcanizing Co.....	(1985), 7 C.P.R. (3d) 294.....	191

S

Salomon v. A. Salomon and Co.....	[1897] A.C. 22.....	353
Saumur v. City of Quebec.....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	253
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	401

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 841.....	625, 645, 678
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 841.....	625, 645, 678
Scott v. Metropolitan Police Commissioner	[1975] A.C. 819.....	426
SEFPO c. Ontario (Procureur général).....	[1987] 2 R.C.S. 2.....	248
Semmelaack c. Ferguson.....	(1941), 48 R.L. 163.....	33
Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1995), 103 F.T.R. 241.....	673
Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	(1995), 103 F.T.R. 241.....	673
Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board	[1938] A.C. 708.....	589
Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.	(1967), 61 D.L.R. (2d) 358.....	334
Smithkline Beecham Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	(1997), 138 F.T.R. 310.....	212
Smithkline Beecham Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare).....	(1997), 138 F.T.R. 310.....	212
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549.....	261
State v. Lankford.....	102 A. 63 (1917).....	427
Stewart c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 748.....	94
Stewart v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 748.....	94
Still c. Ministre du Revenu national.....	(1997), 221 N.R. 127.....	335
Still v. Minister of National Revenue.....	(1997), 221 N.R. 127.....	335
Stubart Investments Ltd. c. La Reine.....	[1984] 1 R.C.S. 536.....	316
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	316
Superintendent of Family and Child Service v. D.S.....	(1985), 46 R.F.L. (2d) 225.....	559
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	253

T

T. (A.H.) v. P. (E.J.).....	(1994), 4 R.F.L. (4th) 241.....	554
The Case of the S.S. "Lotus"	(1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10	617, 666
The King v. National Fish Co.....	[1931] Ex. C.R. 75	581
The Queen v. McLeod.....	90 D.T.C. 6281	366
Thongjai v. The Queen	[1998] A.C. 54.....	485
Turgeon v. Walker.....	[1996] B.C.J. No. 2316 (QL).....	554

U

U.S. v. Aluminum Co. of America.....	148 F.2d 416 (1945).....	670
U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.	133 F.Supp. 40 (1955); 134 F.Supp. 710 (1955)	670
United States v. Allard.....	[1987] 1 S.C.R. 564.....	619
United States v. Boyle	675 F.2d 430 (1982).....	90
United States v. Kalish	690 F.2d 1144 (1982).....	90
United States v. Myers.....	550 F.2d 1036 (1977).....	90

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
V		
Vetrovec c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 811.....	83
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811.....	83
W		
Ward c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 30.....	462
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30.....	462
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	398, 470
Wilband v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 14.....	506
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	[1997] 3 S.C.R. 925.....	398, 470
Y		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	559
Z		
Zingre c. La Reine.....	[1981] 2 R.C.S. 392.....	665
Zingre v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 392.....	665

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 5.....	565	s. 265(3)(c)	371
		s. 268.....	371
B			
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1		F	
s. 20(1).....	298	Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2	
s. 174(2)(i)	298	s. 1 "best interests of the child"	534
		s. 52(1).....	534
C			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 53(2).....	534
s. 7.....	597	s. 58(2).....	534
s. 10(b).....	597	s. 60(2).....	534
s. 24(2).....	597	s. 60(3).....	534
s. 32(1).....	597	s. 60(6).....	534
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		s. 61(1).....	534
s. 1.....	3	I	
s. 4.....	3	Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148	
s. 49.....	3	s. 13.....	298
Civil Code of Lower Canada		s. 88(1).....	358
art. 995.....	3	s. 97(2).....	298,358
art. 1053.....	3	O	
art. 1054 para. 7.....	3	O. Reg. 293/92	
art. 1056c.....	3	s. 2(1).....	565
art. 2232.....	3	P	
Constitution Act, 1867		Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370	
s. 53.....	565	s. 34.....	298
s. 54.....	565	Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4	
s. 90.....	565	s. 39.11.....	129,193
s. 92(2).....	565	s. 39.14.....	129,193
s. 101.....	217		

	PAGE		PAGE
Patented Medicines (Notice of Compliance)		S	
Regulations, SOR/93-133		Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
s. 5(1).....	129,193	s. 47.....	3
s. 5(3).....	129,193	s. 50.....	3
s. 6.....	129,193	s. 53.....	217
s. 7.....	129,193		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 7.....	597	art. 47.....	3
art. 10b).....	597	art. 50.....	3
art. 24(2).....	597	art. 53.....	217
art. 32(1).....	597	Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1	
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		art. 20(1).....	298
art. 1.....	3	art. 174(2)i).....	298
art. 4.....	3	Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4	
art. 49.....	3	art. 39.11.....	129,193
Code civil du Bas Canada		art. 39.14.....	129,193
art. 995.....	3	Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2	
art. 1053.....	3	art. 1 «intérêt supérieur de l'enfant».....	534
art. 1054 al. 7.....	3	art. 52(1).....	534
art. 1056c.....	3	art. 53(2).....	534
art. 2232.....	3	art. 58(2).....	534
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 60(2).....	534
art. 265(3)c).....	371	art. 60(3).....	534
art. 268.....	371	art. 60(6).....	534
		art. 61(1).....	534
L			
Loi constitutionnelle de 1867		P	
art. 53.....	565	Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370	
art. 54.....	565	art. 34.....	298
art. 90.....	565	R	
art. 92(2).....	565	Règlement de l'Ontario 293/92	
art. 101.....	217	art. 2(1).....	565
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148		Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133	
art. 13.....	298	art. 5(1).....	129,193
art. 88(1).....	358	art. 5(3).....	129,193
art. 97(2).....	298,358	art. 6.....	129,193
Loi sur l'administration de la justice, L.R.O. 1990, ch. A.6		art. 7.....	129,193
art. 5.....	565		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 <i>B.Y.I.L.</i> 145	669
Anson, William R. <i>The Law and Custom of the Constitution</i> , Part 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1897	589
Arbour, J.-Maurice. <i>Droit international public</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992	665
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994.....	63
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.....	49
Baudry-Lacantinerie, Gabriel, et Albert Tissier. <i>Traité théorique et pratique de droit civil — De la prescription</i> , 3 ^e éd. Paris: Sirey, 1905.....	37
Berger, Mark. "The Exclusionary Rule and Confession Evidence: Some Perspectives on Evolving Practices and Policies in the United States and England and Wales" (1991), 20 <i>Anglo-Am. L. Rev.</i> 63.....	464
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "unlawful"	355
Boyle, Christine L. M. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswell, 1984	381, 424
Boyle, Christine. "The Judicial Construction of Sexual Assault Offences". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., <i>Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1994, 136	388
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.....	666
Buy, Michel. «Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription», <i>J.C.P.</i> 77, I, 2833	46
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975.....	467
Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "AIDS and HIV in Canada", in <i>HIV/AIDS Epi Update</i> , November 1997	440
Canada. Health Canada. Laboratory Centre for Disease Control. Bureau of HIV/AIDS and STD Update Series. "Oral Contraceptive and Condom Use", in <i>STD Epi Update</i> , November 1997	439
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975.....	467
Canada. Législature. <i>Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord</i> , 3 ^e sess., 8 ^e parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865	244
Canada. Legislature. <i>Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces</i> , 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865	244
Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Actualités du Bureau du VIH/sida et des MTS. «VIH et le sida au Canada», dans <i>Actualités en épidémiologie sur le VIH/sida</i> , novembre 1997	440

Canada. Santé Canada. Laboratoire de lutte contre la maladie. Série de mises à jour du Bureau du VIH/sida et des MTS. «Utilisation des contraceptifs oraux et du condom», dans <i>Actualités en épidémiologie sur les MTS</i> , novembre 1997	439
Carbonnier, J. «La règle <i>contra non valentem agere non currit præscriptio</i> » (1937), 57 <i>Rev. crit. lég. et jur.</i> 155	43
Cassese, Antonio. <i>Self-determination of peoples: A legal reappraisal</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1995.....	278
Cheshire, Fifoot and Furmston's <i>Law of Contract</i> , 13th ed. London: Butterworths, 1996.....	343
Combacau, Jean, et Serge Sur. <i>Droit international public</i> . Paris: Montchrestien, 1995	669
Communauté européenne. Déclaration. <i>Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique</i> , 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127	289
Conference on Security and Co-operation in Europe. <i>Concluding Document of the Vienna Meeting 1986</i> , Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989	283
Conference on Security and Co-operation in Europe. <i>Final Act</i> , 14 I.L.M. 1292 (1975).....	280
Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. <i>Acte final</i> , Helsinki 1975. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977	280
Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. <i>Document de clôture de la réunion de Vienne 1986</i> , Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989	283
<i>Contracts: Cases and Commentaries</i> , 5th ed. Edited by Christine Boyle and David R. Percy. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	344, 355
<i>Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada</i> , vol. 1, 8th ed. Toronto: Canada Law Book, 1986	332
Dallaire, Claude. <i>Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1995	67
de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 <i>West. Ont. L. Rev.</i> 93	290
Delwaide, Karl. «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise». Dans <i>Application des Chartes des droits et libertés en matière civile</i> . Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1988, 95.....	67
Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., <i>The Charter of the United Nations: A Commentary</i> . Oxford: Oxford University Press, 1994	278
Driedger, Elmer A. "Money Bills and the Senate" (1968), 3 <i>Ottawa L. Rev.</i> 25.....	582
Durnford, John W. «Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription» (1963), 13 <i>Thémis</i> 245.....	47
Dussault, René, and Louis Borgeat, <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.....	585
Dwyer, John M. "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of the Human Immunodeficiency Virus" (1993), 9 <i>J. Contemp. Health L. & Pol'y</i> 167	405
Elliot, Richard. <i>Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report</i> . Montreal: Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society, March 1997	405
Elliot, Richard. <i>Droit criminel et VIH/sida: rapport final</i> . Montréal: Réseau juridique canadien VIH/sida et Société canadienne du sida, mars 1997	405
European Community. Declaration. <i>Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union</i> , December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).....	289

Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., <i>Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday</i> . Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.....	232
Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	466, 490
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.....	163
Fox, James R. <i>Dictionary of International and Comparative Law</i> , 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997.....	617
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.....	166, 334
Gardner, Daniel. <i>L'évaluation du préjudice corporel</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1994.....	63
Gillies, Peter. <i>Law of Evidence in Australia</i> , 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.....	469
Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 134. <i>Criminal Law: Consent and Offences against the Person</i> . London: H.M.S.O., 1994.....	388
Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve</i> . Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1983.....	466, 490
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 11(1), 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1990.....	394
Henkin, Louis et al. <i>International Law: Cases and Materials</i> , 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1987.....	669
Herman, Lawrence. "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 <i>Ohio St. L.J.</i> 101.....	463
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).....	661
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.....	250
Holland, Winifred H. "HIV/AIDS and the Criminal Law" (1994), 36 <i>Crim. L.Q.</i> 279.....	423
Jennings, Robert Yewdall. <i>The Acquisition of Territory in International Law</i> . Manchester: Manchester University Press, 1963.....	278
<i>Juris-classeur civil</i> , art. 2251 à 2259, fasc. H, par Jean-Jacques Taisne, n° 89.....	39
Kaufman, Fred. <i>The Admissibility of Confessions</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.....	496
Kenney, Stephen V. "Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future" (1992), 8 <i>J. Contemp. Health L. & Pol'y</i> 245.....	405
Kindred, Hugh M. et al. <i>International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada</i> , 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1993.....	617, 669
La Forest, G. V. <i>The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution</i> , 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.....	578, 591
Langelier, F., sir. <i>Cours de droit civil de la Province de Québec</i> , t. 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1911.....	42
Langevin, Louise. «Suspension de la prescription extinctive: à l'impossible nul n'est tenu» (1996), 56 <i>R. du B.</i> 265.....	47
Larouche, Angers. «Chronique de droit des obligations» (1973), 4 <i>R.G.D.</i> 201.....	50
Le Roux de Bretagne, A. <i>Nouveau traité de la prescription en matière civile</i> , t. 1. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.....	45
Lew, Julian D. M. "The Extraterritorial Criminal Jurisdiction of English Courts" (1978), 27 <i>Int'l & Comp. L.Q.</i> 168.....	667
<i>Lindley & Banks on Partnership</i> , 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.....	317

<i>Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice</i> , 4th ed. By Rodney Hull and Ian M. Hull. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996	577
MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 <i>Can. Bar Rev.</i> 155.....	244
MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 <i>R. du B. can.</i> 155	244
Manzer, Alison R. <i>A Practical Guide to Canadian Partnership Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 1997, release No. 3).....	318
Manzer, Alison R. <i>The Bank Act Annotated</i> . Toronto: Butterworths, 1993	336
Martineau, Pierre. <i>La prescription</i> . Montréal: PUM, 1977.....	40
Mazeaud, Henri, Léon et Jean. <i>Leçons de droit civil</i> , t. II, vol. 1, <i>Obligations: théorie générale</i> , 8 ^e éd., par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1991	36
McConnell, William H. <i>Commentary on the British North America Act</i> . Toronto: Macmillan of Canada, 1977	581, 589
McGinnis, Janice Dickin. "Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS" (1990), 22 <i>Ottawa L. Rev.</i> 49	405
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 1998).....	504
Melville, Leslie W. <i>Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing</i> , vol. 1, 3rd ed. rev. New York: West Group, 1997 (loose-leaf updated August 1997, release 29).....	163
<i>Mewett & Manning on Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994	384
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985	424
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 9. Montréal: Wilson & Lafleur, 1916	41
Mill, John Stuart. <i>Principles of Political Economy</i> . New York: D. Appleton, 1884	579
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies</i> , Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.....	280
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	279
Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. <i>Déclaration et Programme d'action de Vienne</i> , A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III	279
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "fee"	595
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1996, «courage»	15
Ogilvie, M. H. <i>Canadian Banking Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	331
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Administration of Estates of Deceased Persons</i> . Toronto: The Commission, 1991	578
Oppenheim, Lassa Francis Lawrence. <i>International Law: A Treatise</i> , vol. 1, 8th ed. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1955	624
Oxman, Bernard H. "Jurisdiction of States", in <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , vol. 10. Amsterdam: North-Holland, 1987, 277.....	618
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.....	66
Pineau, Jean, et Danielle Burman. <i>Théorie des obligations</i> , 2 ^e éd. Montréal: Thémis, 1988	50

Pope, Joseph, ed. <i>Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act</i> . Toronto: Carswell, 1895	242
Prévault, Jacques. Note sous Cass., 2 ^e Ch. civ., 10 février 1966, D.1967.315	43
Quebec. <i>Civil Code of Lower Canada: Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters. First, Second and Third Reports</i> . Québec: Desbarats, 1865	39
Québec. <i>Code civil du Bas Canada: Rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles. Premier, Deuxième et Troisième Rapports</i> . Québec: Desbarats, 1865	39
Randelzhofer, Albrecht. "Nationality", in <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , vol. 8. Amsterdam: North-Holland, 1985, 416.....	624
Rintoul, Margaret E. <i>The Solicitor's Guide to Estate Practice in Ontario</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1990	577
Roland, Henri, et Laurent Boyer. <i>Adages du droit français</i> , 3 ^e éd. Paris: Litec, 1992	37
Schachter, Oscar. <i>International Law in Theory and Practice</i> . Boston: M. Nijhoff Publishers, 1991	618, 669
Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 <i>Ottawa L. Rev.</i> 33.....	583
Smith, John Cyril, and Brian Hogan. <i>Criminal Law</i> , 4th ed. London: Butterworths, 1978.....	394
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	475, 498
Soublière, Hector. "Instructing the jury: A plea for better trials", <i>Law Times</i> , vol. 6, No. 36, October 30 - November 5, 1995, p. 6.....	125
Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. <i>Obligations</i> , vol. 3, <i>Régime général</i> , 5 ^e éd. Paris: Litec, 1995	39
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. 2. London: MacMillan & Co., 1883	426
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	665
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations: actes et responsabilités</i> , 6 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997	63
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations: contrat et responsabilité</i> , 4 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988	50
Terré, François, Philippe Simler et Yves Lequette. <i>Droit civil — Les obligations</i> , 6 ^e éd. Paris: Dalloz, 1996	39
Tierney, Thomas W. "Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis" (1992), 15 <i>Hastings Int'l & Comp. L. Rev.</i> 475.....	405
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 15, par Witold Rodys. Montréal: Wilson & Lafleur, 1958	41
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.....	344, 355
Troplong, M. <i>De la prescription</i> , t. 2, 4 ^e éd. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne d'Édouard Duchemin, 1857	45
United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Eleventh Report, <i>Evidence (General)</i> . Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972	468
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	279
United Nations. General Assembly. <i>Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations</i> , GA Res. 50/6, 9 November 1995	280
United Nations. World Conference on Human Rights. <i>Vienna Declaration and Programme of Action</i> , A/Conf. 157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.....	279

United States. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Health Statistics. <i>Vital and Health Statistics: Fertility, Family Planning, and Women's Health -- New Data From the 1995 National Survey of Family Growth, Series 23: Data From the National Survey of Family Growth, No. 19.</i> Hyattsville, Maryland: DHHS Publication, May 1997	439
Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] <i>Camb. L.J.</i> 172	288
Waldman, Lorne. <i>Immigration Law and Practice</i> , vol. 1. Toronto: Butterworths, 1992 (loose-leaf updated June 1998, issue 24).....	673
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127.</i> Toronto: Butterworths, 1984	424
Wegenast, F. W. <i>The Law of Canadian Companies.</i> Toronto: Carswell, 1979.....	337
Weis, Paul. <i>Nationality and Statelessness in International Law</i> , 2nd ed. Germantown, Md.: Sijthoff & Noordhoff, 1979	624
Wheare, Kenneth Clinton. <i>Federal Government</i> , 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.....	250
Williams, Sharon A., and A. L. C. de Mestral. <i>An Introduction to International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987	624

Deltonia R. Cook *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. COOK

File No.: 25852.

1998: June 17; 1998: October 1.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Extraterritorial application — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly infringed — Whether the Charter applies to the taking of the accused's statement in the United States by Canadian police for a criminal prosecution to take place in Canada — If so, whether the Charter was breached — If a breach occurred, whether the statement should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2), 32(1).

Evidence — Admissibility — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly infringed — Statement's admission sought to impeach credibility — Whether or not statement made at interview should be admitted.

The accused was arrested in the United States by U.S. authorities pursuant to a warrant issued in connection with a Canadian extradition request following a murder committed in Canada. The accused was read his *Miranda* rights upon arrest and said he understood those rights. When taken before a United States Magistrate,

Deltonia R. Cook *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. COOK

N^o du greffe: 25852.

1998: 17 juin; 1998: 1^{er} octobre.

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 constitutionnel — Charte des droits — Application extraterritoriale — Interrogatoire par des policiers canadiens aux États-Unis d'une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b)) — La Charte s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'accusé par des policiers canadiens, aux États-Unis, en vue de poursuites pénales au Canada? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la Charte? — S'il y a eu violation de la Charte, la déclaration doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(2), 32(1).

Preuve — Admissibilité — Policiers canadiens interrogeant aux États-Unis une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b)) — Admission de la déclaration demandée par le ministère public pour attaquer la crédibilité de l'accusé — La déclaration faite à l'interrogatoire devrait-elle être admise?

L'accusé a été arrêté aux États-Unis en vertu d'un mandat par les autorités américaines à la suite d'une demande d'extradition des autorités canadiennes relativement à un meurtre commis au Canada. La mise en garde de l'arrêt *Miranda* lui a été lue et il a déclaré comprendre ses droits. Devant le magistrat, l'accusé a dit

the accused indicated that he wanted a lawyer appointed for him, but he did not see or contact a lawyer prior to his interrogation by the Canadian detectives.

The Canadian detectives who interviewed the accused did not ask the U.S. authorities if the accused had requested a lawyer and, indeed, informed the accused of his right to a lawyer in a confusing and defective manner subsequent to asking the accused a series of background questions. The accused gave a statement in which he denied having committed the murder. At trial, the Crown sought a ruling which would have permitted it to use this statement to impeach the accused's credibility. On a *voir dire*, the defence alleged that the statement was obtained in breach of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and sought its exclusion under s. 24(2). The trial judge found that the statement was admissible, notwithstanding the *Charter* breach, for the limited purpose of impeaching the accused's credibility in cross-examination. The accused was convicted and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue is: (1) whether the *Charter* applies to the taking of the accused's statement by Canadian police in the United States in connection with their investigation of an offence committed in Canada for a criminal prosecution to take place in Canada; (2) if so, whether the *Charter* was breached in the circumstances; and, (3) if the *Charter* was breached, whether the statement should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The *Charter* applies to the actions of the Canadian detectives in interviewing the accused in the United States and its application here does not interfere with the sovereign authority of the U.S.

Application of the *Charter* abroad cannot be determined merely by reference to s. 32(1). Notwithstanding the general prohibition in international law against the extraterritorial application of domestic laws, the *Charter* can in certain limited and rare circumstances apply beyond Canada's territorial boundaries. Although territory is clearly a critical element in determining the scope of a state's jurisdiction under international law, some circumstances exist where the reach of domestic law may not be determined solely by reference to terri-

qu'il voulait qu'un avocat soit désigné pour le défendre, mais aucun avocat ne l'a contacté et il n'a communiqué avec aucun avocat avant d'être interrogé par les détectives canadiens.

Les détectives canadiens qui ont interrogé l'accusé n'ont pas vérifié auprès des autorités américaines si ce dernier avait demandé un avocat; en fait, ils ont informé l'accusé de façon embrouillée et inadéquate de son droit à l'assistance d'un avocat après lui avoir posé une série de questions sur ses antécédents. L'accusé a fait une déclaration dans laquelle il a nié avoir commis le meurtre. Au procès, le ministère public a demandé à la cour de l'autoriser à utiliser cette déclaration pour attaquer la crédibilité de l'accusé. Dans le cadre d'un voir-dire, la défense a allégué que la déclaration avait été obtenue en violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle a sollicité l'exclusion de la déclaration en vertu du par. 24(2). Le juge du procès a conclu que la déclaration était admissible, malgré la violation de la *Charte*, dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'accusé dans le cadre du contre-interrogatoire. L'accusé a été déclaré coupable et l'appel qu'il a interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté. La Cour est appelée à trancher les questions suivantes: (1) La *Charte* s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'accusé qu'ont réalisé des policiers canadiens aux États-Unis dans le cadre de leur enquête sur une infraction perpétrée au Canada en vue de poursuites pénales au Canada? (2) Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la *Charte* dans les circonstances? (3) S'il y a eu violation de la *Charte*, la déclaration doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie: La *Charte* s'applique aux actes accomplis par les détectives canadiens qui ont interrogé l'accusé aux États-Unis, et son application en l'espèce ne constitue pas une atteinte à l'autorité souveraine de ce pays.

La question de l'application de la *Charte* à l'étranger ne peut être tranchée par la simple consultation du par. 32(1). Malgré le fait qu'en droit international, l'application extraterritoriale des lois nationales soit interdite de manière générale, la *Charte* peut, dans de rares circonstances limitées, s'appliquer au-delà des frontières du Canada. Bien que le territoire soit de toute évidence un élément crucial dans l'appréciation de la portée de la compétence d'un État en droit international, il se peut, dans certains cas, que la portée du droit interne ne

tory. In these circumstances, the application of the *Charter* to Canadian law enforcement authorities can be founded on other jurisdictional principles that will not result in an objectionable interference with the exercise of a foreign state's jurisdiction.

International law permits states to evoke the nationality of the person subject to the domestic law as a valid basis of jurisdictional authority. Jurisdictional competence on the basis of territoriality and nationality is an incident of sovereign equality and independence. The terms "nationality" and "citizenship" are not synonymous. Nationality is much broader and refers to a person who may not possess full political and civil rights of citizenship but nevertheless has a right of protection of the state and in return owes allegiance to it. To require that Canadian law enforcement authorities comply with *Charter* standards abroad may not, depending on the circumstances, interfere with the foreign state's sovereign authority and integrity. However, an objectionable extraterritorial effect would result if the *Charter* were applied to foreign officers, even where the foreign officers can be described as the agents of Canadian authorities.

The *Charter* is not absolutely restricted in its application to Canadian territory. It applies on foreign territory in circumstances where the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of the state law enforcement authorities engaged in governmental action and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state.

The *Charter* applies to the actions of the Canadian detectives in the United States. First, since the interrogation was conducted by Canadian detectives in accordance with their powers of investigation which are derived from Canadian law, the impugned action falls within the purview of s. 32(1). Second, applying the *Charter* to the Canadian detectives' actions in these circumstances does not result in an interference with the territorial jurisdiction of the foreign state. It is reasonable both to expect the Canadian officers to comply with *Charter* standards and to permit the accused, who is being made to adhere to Canadian criminal law and procedure, to claim Canadian constitutional rights relating to the interrogation conducted by the Canadian officers abroad.

puisse être déterminée par le seul territoire. Dans ces cas-là, l'application de la *Charte* aux autorités policières canadiennes peut se fonder sur d'autres principes en matière de compétence et ne représentera pas une ingérence inacceptable dans l'exercice de la compétence d'un autre État.

Le droit international permet aux États d'invoquer la nationalité de la personne soumise à la loi nationale comme titre valide de compétence. La compétence fondée sur la territorialité et la nationalité est un attribut de l'égalité souveraine et de l'indépendance. Les termes «nationalité» et «citoyenneté» ne sont pas des synonymes. La nationalité a une portée beaucoup plus large, et elle renvoie à une personne qui peut ne pas posséder la plénitude des droits politiques et civiques attribués au citoyen, mais a néanmoins droit à la protection de l'État auquel, en retour, elle doit allégeance. Obliger les autorités policières canadiennes à respecter à l'étranger les normes imposées par la *Charte* peut, suivant les circonstances, ne pas porter atteinte à la compétence souveraine et à l'intégrité de l'État étranger. Toutefois, des effets extraterritoriaux inacceptables résulteraient de l'application de la *Charte* à des agents étrangers, même lorsque ceux-ci peuvent être qualifiés de mandataires des autorités canadiennes.

Le champ d'application de la *Charte* n'est pas absolument limité au territoire canadien. La *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger.

La *Charte* s'applique aux actes accomplis par les détectives canadiens aux États-Unis. Premièrement, l'interrogatoire ayant été mené par des détectives canadiens en conformité avec les pouvoirs d'enquête que leur confèrent les lois canadiennes, l'acte reproché est visé par le par. 32(1). Deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens, dans ces circonstances, n'entraîne pas d'ingérence dans l'exercice de la compétence territoriale de l'État étranger. Il est raisonnable tant de s'attendre à ce que les policiers canadiens respectent les normes consacrées par la *Charte*, que de permettre à l'accusé, qui est tenu de se conformer au droit pénal et à la procédure pénale canadiens, de se réclamer des droits constitutionnels canadiens relativement à l'interrogatoire conduit par les policiers canadiens à l'étranger.

The application of the *Charter* here will not ultimately confer *Charter* rights on every person in the world who is in some respect implicated in the exercise of Canadian governmental authority abroad. The holding here marks an exception to the general rule in public international law of territorial limits upon a state's exercise of jurisdiction, and arises on the basis of the very particular facts. The situation is far different from the myriad of circumstances in which persons outside Canada are trying to claim the benefits of the *Charter simpliciter*.

The breach was very serious if not flagrant. The advice as to the right to counsel omitted pertinent information and in this way was defective. More importantly, it was confusing and misleading to the extent that it deprived the accused of the opportunity to make a decision whether to obtain legal advice. For police to lie or mislead individuals with regard to their *Charter* rights is fundamentally unfair and demeaning of those *Charter* rights. To countenance it would bring the administration of justice into disrepute. As well, the breach occurred when the accused was in custody and therefore particularly vulnerable.

Three groups of factors are to be considered in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute: the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial, the seriousness of the breach and the effect of exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice. The question in all cases is whether the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute, in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

The nature of the evidence and of the violation are relevant to the determination of whether the admission of the evidence would render the trial unfair. The initial step is to classify the type of evidence in question, first as conscriptive or non-conscriptive. Subject to rare exceptions, conscriptive evidence must be excluded. While the impugned statement contained denials of guilt, and therefore could be said not to be "self-incriminating", the content of the statement does not change its characterization for purposes of this analysis. Here, the accused's statement made to the Canadian officers should be classified as conscriptive. There were no

L'application de la *Charte* en l'espèce ne confèrera pas en définitive à quiconque est l'objet d'une façon ou d'une autre de l'exercice de l'autorité des gouvernements canadiens à l'étranger, les droits garantis à chacun par la *Charte*. Le présent jugement fait exception à la règle générale de droit international public selon laquelle la compétence d'un État ne peut pas s'exercer au-delà de ses frontières. La situation diffère considérablement de la myriade de cas où des personnes à l'étranger se réclament des garanties de la *Charte simpliciter*.

La violation était très grave, sinon flagrante. L'explication donnée au sujet du droit à l'assistance d'un avocat omettait des renseignements pertinents et était donc inadéquate. Plus important encore, elle était embrouillée et trompeuse au point de priver l'accusé de la possibilité de décider s'il fallait recourir à l'assistance d'un avocat. Il est fondamentalement inéquitable et dérogoire aux droits garantis par la *Charte* que des policiers mentent à des individus ou les trompent sur leurs droits constitutionnels. Approuver une telle conduite déconsidérerait l'administration de la justice. En outre, la violation s'est produite au moment où l'accusé était détenu et, par conséquent, particulièrement vulnérable.

Il convient de prendre en considération trois groupes de facteurs pour décider si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La question à se poser dans tous les cas est la suivante: l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire.

La nature de la preuve et la nature de la violation sont pertinentes par rapport à la question de savoir si l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable. Il faut tout d'abord qualifier la preuve en cause: elle est soit une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, soit une preuve non obtenue de cette manière. Sauf de rares exceptions, la preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même doit être écartée. Bien que la déclaration attaquée renferme des dénégations de culpabilité et puisse donc être considérée comme n'étant pas «incriminante», son contenu ne change rien à sa qualification aux fins de cette analyse. En l'espèce, la déclaration que l'accusé a faite devant les policiers canadiens doit être qualifiée de preuve obtenue par mobilisation de celui-ci contre lui-même. Il

special circumstances here to justify the statement's admission.

The distinction between incriminating and exculpatory statements is not a factor that should influence the s. 24(2) analysis. Similarly the fact that the Crown seeks to use the evidence only in cross-examination of the accused should not have persuaded the trial judge to decide in favour of admitting the evidence. The evidence should be excluded under s. 24(2).

Per Gonthier and Bastarache JJ.: There is no conflict between an interpretation of s. 32(1) which favours the application of the *Charter* to the activities of Canadian officials conducting an investigation abroad and international law principles of territorial jurisdiction.

Section 32(1) defines the application of the *Charter* according to who acts, not where they act. It applies the *Charter* to those persons exercising legislative authority or to those who are part of the executive government — to governmental action, which may arise either because of the nature of the powers exercised, or because the actor is actually a part of the government. On its face, no mention is made of a territorial limitation. Section 32(1) therefore applies to officers of the Canadian state who are abroad, independent of whether they exercise governmental powers of coercion or not. That person's movement into another jurisdiction does not alter his or her status or the application of the *Charter* to him or her. The fact that the officer may not be authorized to exercise any legislative power because of his or her presence in a foreign jurisdiction is immaterial.

Section 32(1) dictates that the *Charter* may not be applied to any matter within the authority of a foreign government, or to foreign personnel (unless they are somehow concurrently part of the Canadian government or subject to Canadian legislative authority). The key issue in cases of cooperation between Canadian officials and foreign officials exercising their statutory powers is determining who was in control of the specific feature of the investigation which is alleged to constitute the *Charter* breach. This inquiry involves weighing the relative roles of the Canadian officials and of the foreign officials. When a Canadian officer is invited by the foreign official to exercise some power during an investigation, whether s. 32(1) is engaged will depend on the extent to which the exercise of the power is supervised by the foreign official. If, in weighing these factors, it is found that the foreign authority was responsible for the specific circumstances leading to the *Charter* breach, then those activities are not subject to the *Charter*, not-

n'y a pas de circonstances exceptionnelles justifiant l'admission de la déclaration en l'espèce.

La distinction entre les déclarations incriminantes et les déclarations exculpatives n'est pas un facteur qui doit jouer dans l'analyse fondée sur le par. 24(2). De même, le fait que le ministère public cherche à utiliser la preuve seulement dans le cadre du contre-interrogatoire de l'accusé n'aurait pas dû persuader le juge du procès d'admettre la preuve. Il y a lieu d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2).

Les juges Gonthier et Bastarache: Une interprétation du par. 32(1) favorable à l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires canadiens menant une enquête à l'étranger ne se heurte pas aux principes du droit international en matière de compétence territoriale.

Le paragraphe 32(1) définit l'application de la *Charte* en fonction de l'identité de l'acteur, et non du lieu de l'acte. Il assujettit à la *Charte* ceux qui exercent le pouvoir législatif ou qui font partie du pouvoir exécutif. Elle s'applique aux actes gouvernementaux qui sont déterminés soit par la nature des pouvoirs exercés, soit par l'identité de l'acteur qui doit effectivement faire partie du gouvernement. Le texte ne fait aucunement mention d'une limite territoriale. Le paragraphe 32(1) s'applique donc aux agents de l'État canadien se trouvant à l'étranger, qu'ils exercent ou non les pouvoirs coercitifs du gouvernement. Le fait qu'ils se rendent dans un autre ressort ne change ni leur statut ni leur assujettissement à la *Charte*. Il importe peu qu'ils ne soient plus autorisés à exercer les pouvoirs prévus par la loi du fait qu'ils se trouvent à l'étranger.

Le paragraphe 32(1) prévoit que la *Charte* ne peut s'appliquer à un domaine relevant d'un gouvernement étranger ni aux agents d'un État étranger (à moins que d'une manière ou d'une autre, ils ne fassent aussi partie du gouvernement du Canada ou d'une province ou ne soient aussi soumis à une législature canadienne). Ce qui est essentiel dans les cas de coopération entre fonctionnaires canadiens et étrangers exerçant les pouvoirs que la loi leur a conférés, c'est de déterminer qui dirigeait l'aspect de l'enquête qui est présumé avoir porté atteinte à la *Charte*. Pareille analyse nécessite l'appréciation des rôles relatifs joués par les fonctionnaires canadiens et les fonctionnaires étrangers. Lorsque le policier canadien est invité par le fonctionnaire étranger à exercer un pouvoir durant l'enquête, l'application du par. 32(1) dépendra du degré de surveillance exercé par le fonctionnaire étranger. S'il ressort de l'appréciation de ces facteurs que les événements qui ont conduit à la violation de la *Charte* sont imputables à l'autorité étran-

withstanding the participation of the Canadian officials in the cooperative investigation. In cases in which a defendant seeks to invoke s. 24(2) to exclude evidence from a trial being conducted in Canada, the focus of the analysis must be on the relative roles of the Canadian and foreign officials in obtaining the specific evidence which the defendant seeks to exclude. If the Canadian officials were primarily responsible for obtaining the evidence in a manner which violated the *Charter*, then the *Charter* will apply to them and to the evidence obtained by them. In this case, the Canadian police officers exercised virtually total control over the questioning procedure.

At international law, territoriality in respect of the jurisdiction to enforce is very different from territoriality as it might constrain the prescription of juridical consequences within the domestic legal system. Modern territoriality doctrine recognizes that it is permissible to assert criminal jurisdiction over acts taking place in another state if they are connected to other acts that take place in the forum state which are in furtherance of criminal behaviour, or if the acts in the other state have some pernicious consequence within the forum. It is sufficient that there be a "real and substantial link" between an offence and this country. The courts of Canada can take cognizance of the decisions of other countries through the principles of *autrefois acquit* and *autrefois convict*.

Whether there is an extraterritorial application of law depends to a large extent on whether there is a conflict between the two legal systems engaged. The objective territorial principle will give way to an impermissible extraterritoriality on the basis of two factors: first, a conflict between the application of the two legal systems; and second, where there is a conflict, the application by a state of its laws without any, or with a lesser, real and substantial connection to the events in question. International law requires that concurrent claims to jurisdiction, especially with respect to the criminal law, be carefully circumscribed to ensure that a state purporting to assume jurisdiction over events occurring abroad has a significant connection, or in the case of conflict with another jurisdiction, the most significant connection to the events in question.

The nature of the *Charter* guarantees, in particular those contained in ss. 7-14, must be assessed to determine whether there is a possibility of conflict with a foreign legal system. The legal rights contained in the

gère, ces activités ne tombent pas sous le coup de la *Charte* malgré la participation des fonctionnaires canadiens à l'enquête menée en collaboration. Dans les cas où le défendeur cherche à invoquer le par. 24(2) pour faire écarter des éléments de preuve dans un procès tenu au Canada, l'analyse doit être centrée sur le rôle relatif joué par les fonctionnaires canadiens et les fonctionnaires étrangers dans l'obtention de ces éléments de preuve. Si l'obtention des éléments de preuve de façon contraire à la *Charte* est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, ces derniers ainsi que la preuve qu'ils auront recueillie seront assujettis à la *Charte*. En l'espèce, les policiers canadiens ont pratiquement réglé les modalités de l'interrogatoire.

En droit international, un gouffre sépare le principe de la territorialité envisagé du point de vue de la compétence d'exécution et son application aux conséquences juridiques attachées à des événements par un État lesquelles pourront être limitées au cadre du système de droit national. La doctrine moderne de la territorialité admet l'exercice, par un État, de sa compétence pénale sur des actes accomplis dans un autre État, si ceux-ci se rattachent à d'autres actes commis dans le premier État subséquemment à des agissements criminels ou s'ils ont des conséquences néfastes dans le premier État. Il suffit qu'il y ait un «lien réel et important» entre l'infraction et notre pays. Les tribunaux canadiens peuvent reconnaître les décisions rendues dans les autres pays par l'application des principes relatifs aux moyens de défense autrefois acquit et autrefois convict.

L'application extraterritoriale de la loi dépend dans une large mesure de la question de savoir s'il y a conflit entre les deux systèmes de droit. Le principe de la territorialité objective fait place à une application extraterritoriale inacceptable dans deux cas: en premier lieu, lorsqu'il y a conflit entre les deux systèmes de droit et, en second lieu, en cas de conflit, lorsque l'État applique ses propres lois à des événements avec lesquels son rattachement est dénué de tout caractère réel et important ou est plus faible. Le droit international exige que les revendications concurrentes de compétence, particulièrement en matière de droit pénal, soient soigneusement délimitées afin de garantir que les faits survenus à l'étranger soient rattachés de façon significative à l'État qui prétend les régir ou, en cas de conflit avec un autre État, qu'ils soient rattachés de la façon la plus significative à l'État qui prétend les régir.

Il est nécessaire d'évaluer la nature des garanties de la *Charte*, en particulier celles que prévoient les art. 7 à 14, pour décider s'il y a possibilité de conflit avec le système de droit étranger. Les garanties juridiques prévues

Charter qualify and condition the exercise of powers by government officials and ensure that if the government chooses to conduct an investigation, it must observe certain rules.

There is a real and substantial connection between the investigation taking place abroad and the *Charter* simply by virtue of the fact that Canadian officials are involved. This connection cannot be equated with nationality. Indeed, the application of the nationality principle to Canadian police officers abroad was irrelevant.

Three factors are relevant to determining whether the application of the *Charter* interferes with the jurisdictional integrity of the host state, and whether that state has a more real and substantial connection to the events, so as to displace the presumed jurisdiction of Canadian law. First, the terms of s. 32(1) do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials, or to the exercise of powers authorized by a foreign legal authority. Second, the nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Third, the nature of the juridical consequences prescribed by the legal system of the forum do not raise any problems of extraterritoriality.

Evidence obtained as a result of a *Charter* breach is not automatically excluded at the trial of a defendant. Section 24(2) ensures that circumstances in the foreign country may be taken into account in determining whether the evidence should be admitted notwithstanding the breach of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): A person invoking a *Charter* right must first show that he or she held that right. Determining whether someone is granted a right by the *Charter* involves an analysis of the language of the provision at issue and of the purposes of the rights guarantees in the Canadian constitution. Neither party put forward argument on the question of whether the accused was a rights holder at the time his rights were allegedly violated, so the appeal was not decided on that basis.

Previous jurisprudence has established two fundamental principles regarding the extraterritorial application of the *Charter*. First, the action alleged to have violated the *Charter* must have been carried out by one of the governmental actors enumerated in s. 32. Second, if there is cooperation between Canadian and foreign offi-

par la *Charte* délimitent et modulent l'exercice des pouvoirs par les fonctionnaires du gouvernement et garantissent le respect de certaines règles si le gouvernement décide de mener une enquête.

L'enquête à l'étranger et la *Charte* sont rattachées de façon réelle et importante du seul fait que des fonctionnaires canadiens y participent. Ce rattachement ne peut pas être assimilé à la nationalité. En fait, l'application du principe de la nationalité dans le cas de policiers canadiens se trouvant à l'étranger n'était pas pertinente.

Il faut tenir compte de trois facteurs pour déterminer si l'application de la *Charte* empiète sur la compétence de l'État d'accueil et si les faits en question sont rattachés à ce dernier par un lien plus réel et important, de manière à écarter la compétence présumée de la loi canadienne. En premier lieu, les termes du par. 32(1) n'étendent pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers ni à l'exercice de pouvoirs autorisés par une loi de l'État étranger. En deuxième lieu, les droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d'enquête expressément prévues. En troisième lieu, la nature des conséquences juridiques prévues par le système de droit du for ne présente aucun problème d'extraterritorialité.

Les preuves recueillies en violation de la *Charte* ne sont pas exclues automatiquement au procès du défendeur. Le paragraphe 24(2) garantit que les circonstances existant dans le pays étranger peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer s'il y a lieu d'admettre les preuves recueillies malgré la violation de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): La personne qui invoque un droit garanti par la *Charte* doit prouver au préalable qu'elle est titulaire de ce droit. La question de savoir si la *Charte* reconnaît un droit à une personne exige une analyse du libellé de la disposition en cause et des objectifs des droits consacrés par la Constitution canadienne. Étant donné que ni l'une ni l'autre des parties n'a avancé d'arguments sur la question de savoir si l'accusé était titulaire de droits au moment de la présumée violation, le pourvoi n'a pas été tranché sur ce fondement.

La jurisprudence permet de dégager deux principes fondamentaux en ce qui concerne l'application extraterritoriale de la *Charte*. En premier lieu, l'acte qui est censé avoir violé la *Charte* doit avoir été accompli par l'un des acteurs gouvernementaux énumérés à l'art. 32. En second lieu, s'il y a coopération entre fonctionnaires

cial on foreign soil, that action will not trigger *Charter* application even if the action is attributable to a government listed in s. 32.

Whether an investigation is cooperative depends on whether Canadian officials have legal authority in the place where the actions alleged to have infringed the *Charter* took place. Section 32 of the *Charter* mandates that it applies to matters that fall “under the authority” of Parliament or a provincial legislature. An investigation on soil under foreign sovereignty takes place under the authority of the foreign state, so s. 32 is not triggered. The *Charter* does not apply to any investigation where Canadian officials no longer hold the legal attributes of government. This occurs whenever an investigation takes place under foreign sovereignty.

The accused did not benefit from the protections of s. 10(b) because the Canadian police were acting under U.S. legal sovereignty. They had to cooperate with Americans and work under American law in order to carry out their investigations. Their actions were not independent of the U.S. legal system, nor were the Canadian state’s legal powers implicated. The circumstances of this case show the myriad of ways in which cooperation was necessary here, and is necessary whenever Canadian officials work under the sovereignty of another government.

The *Charter* guarantees of a fair trial (s. 11(d)) and of respect for the principles of fundamental justice (s. 7) may apply to exclude the admission of evidence at a trial, whether or not a *Charter* right applied to the gathering of that evidence. Evidence will be excluded when its admission would lead to an unfair trial. However, the fact that the evidence was obtained in a manner that would have violated one of the sections of the *Charter* is not determinative. All relevant circumstances must be taken into account. An important factor in this analysis is whether it was Canadian or foreign police who were responsible for the alleged unfairness. Canadian police should ensure, to the extent possible, that the letter and spirit of the *Charter*’s protections are accorded, and their actions will be examined more strictly than those

canadiens et étrangers, à l’étranger, cet acte n’entraînera pas l’application de la *Charte* même s’il est imputable à l’un des gouvernements visés à l’art. 32.

Pour savoir si une enquête peut être considérée comme étant faite dans le cadre d’une coopération, il faut se demander si les fonctionnaires canadiens sont légalement habilités à agir là où les actes contestés auraient porté atteinte à la *Charte*. L’article 32 de la *Charte* édicte qu’elle s’applique aux affaires «relevant» du Parlement ou de la législature d’une province. Une enquête sur un territoire assujéti à la souveraineté d’un gouvernement étranger est effectuée sous l’autorité d’un État étranger, de sorte que l’art. 32 n’entre pas en jeu. La *Charte* ne s’applique à aucune enquête où les fonctionnaires canadiens n’ont plus les attributs juridiques du gouvernement; c’est le cas toutes les fois qu’une enquête est assujéti à la souveraineté d’un gouvernement étranger.

L’accusé ne bénéficiait pas de la protection de l’al. 10(b) parce que la police canadienne agissait dans le cadre de la souveraineté juridique des États-Unis. Elle devait coopérer avec les Américains et se soumettre au droit américain afin de mener à bien l’enquête. Le système de droit américain régissait les actes des policiers canadiens, et il ne s’agissait pas d’une situation où intervenaient les pouvoirs juridiques de l’État canadien. Les circonstances de la présente affaire font ressortir les multiples façons dont la coopération était nécessaire ici et est nécessaire chaque fois que les fonctionnaires canadiens agissent dans le cadre de la souveraineté d’un autre gouvernement.

Les dispositions de la *Charte* qui garantissent la tenue d’un procès équitable (al. 11(d)) et le respect des principes de justice fondamentale (art. 7) peuvent être invoquées pour exclure l’admission de la preuve au procès, que les activités destinées à recueillir des éléments de preuve soient visées ou non par un droit garanti par la *Charte*. La preuve sera écartée lorsque son admission mènerait à un procès inéquitable. Cependant, le fait que cet élément de preuve ait été recueilli d’une façon qui aurait porté atteinte à l’une des dispositions de la *Charte* n’est pas déterminant. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. L’un des facteurs importants est de savoir qui, de la police canadienne ou de la police du pays étranger, est responsable de l’injustice alléguée. La police canadienne doit, dans la mesure du possible, faire en sorte que la lettre et l’esprit des protections prévues par la *Charte* soient respectés et ses actes feront l’objet d’un examen plus strict que ceux des fonctionnaires du pays étranger qui agissent dans le cadre d’un

of foreign officials who work within a legal system that has different procedures from our own.

Here, the conduct of the Canadian detectives was not so serious that admission of the evidence would violate the accused's right to a fair trial, taking into account all the circumstances and society's interest in finding out the truth. The accused was aware of his right to counsel from the time of his arrest, and understood this right. His statement was voluntary, since he knew he did not have to talk to the Canadian officers. The Canadians told him of his right to counsel, though not in the clearest way possible, and offered to put him in touch with a legal aid lawyer. The delay in giving the information is relatively unimportant for the purpose of determining the admissibility of these statements, since they were made after the information about the right to counsel was given, and only background information was discussed before this point.

The evidence was admitted for the limited purpose of impeaching the accused's credibility on cross-examination. In many cases, the use of the statements at the trial is of no significance in the analysis under either s. 7 or s. 24(2). However, in this case, where the credibility of other witnesses was also impugned with prior inconsistent statements, the jury would have been given a misleading impression about the credibility of the accused, compared to that of other witnesses, had the evidence not been admitted. This contributes to the finding that s. 7 was not violated.

The trial judge properly instructed the jury on the limited use that could be made of the accused's statements.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Considered: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v.*

système de droit dont les normes sont différentes des nôtres.

La conduite des détectives canadiens en l'espèce n'était pas sérieuse au point que l'utilisation de la preuve porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, compte tenu de toutes les circonstances et de l'intérêt que représente pour la société la découverte de la vérité. L'accusé savait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat dès le moment où il a été arrêté, et il comprenait ce droit. Sa déclaration était volontaire, puisqu'il savait qu'il n'était pas obligé de parler aux policiers canadiens. Ces derniers lui ont dit, en termes qui auraient cependant pu être plus clairs, qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat, et lui ont offert de le mettre en contact avec un avocat de l'aide juridique s'il le voulait. Le retard mis à donner l'information a relativement peu d'importance en ce qui concerne l'admissibilité de la déclaration en question, étant donné qu'elle a été faite après que les policiers canadiens eurent informé l'accusé du droit à l'assistance d'un avocat et que la discussion avait porté jusque-là sur des renseignements d'ordre général.

La preuve a été admise dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'accusé lors du contre-interrogatoire. Dans bien des cas, le fait que la déclaration soit utilisée au procès est sans importance dans l'analyse fondée sur l'art. 7 ou le par. 24(2). Toutefois, dans le contexte de ce procès, où la crédibilité d'autres témoins aussi était attaquée au moyen de déclarations antérieures incompatibles, si cette preuve n'avait pas été admise, les jurés auraient eu une impression erronée quant à la crédibilité de l'accusé en comparaison de celle d'autres témoins. Ceci renforce la conclusion que l'art. 7 n'a pas été violé.

Le juge du procès a donné au jury des directives appropriées quant à l'utilisation limitée qui pouvait être faite des déclarations de l'accusé.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts examinés: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994]

Pozniak, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Whitford* (1997), 115 C.C.C. (3d) 52.

By Bastarache J.

Considered: *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222; *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *Lavigne v. OPSEU*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *R. v. Treacy*, [1971] A.C. 537; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945); *U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 133 F.Supp. 40 (1955); 134 F.Supp. 710 (1955); *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955*, I.C.J. Reports 1955, p. 4; *Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241; *Kanesharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 120 F.T.R. 67; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Harrer, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10(b), 11, 11(d), 12, 13, 14, 15, 23, 24(2), 32(1).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, Schedule E (am. R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.)).
International Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (Hague Convention on Conflict of Nationality Laws), Can. T.S. 1937 No. 7, art.1.
Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 7(2).

3 R.C.S. 310; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Whitford* (1997), 115 C.C.C. (3d) 52.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts examinés: *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; **arrêts mentionnés:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222; *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *Lavigne c. SEFPO*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Daniels c. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *R. c. Treacy*, [1971] A.C. 537; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *U.S. c. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945); *U.S. c. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 133 F.Supp. 40 (1955); 134 F.Supp. 710 (1955); *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955*, C.I.J. Recueil 1955, p. 4; *Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241; *Kanesharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 120 F.T.R. 67; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10(b), 11, 11(d), 12, 13, 14, 15, 23, 24(2), 32(1).
Convention internationale concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, R.T. Can. 1937 n° 7, art. 1.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, annexe E (mod. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.)).
Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 7(2).

Authors Cited

- Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *B.Y.I.L.* 145.
- Arbour, J.-Maurice. *Droit international public*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Combacau, Jean, et Serge Sur. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1995.
- Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997.
- Henkin, Louis *et al.* *International Law: Cases and Materials*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Kindred, Hugh M. *et al.* *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
- Lew, Julian D. M. "The Extraterritorial Criminal Jurisdiction of English Courts" (1978), 27 *Int'l & Comp. L.Q.* 168.
- Oppenheim, Lassa Francis Lawrence. *International Law: A Treatise*, vol. 1, 8th ed. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1955.
- Oxman, Bernard H. "Jurisdiction of States", in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10. Amsterdam: North-Holland, 1987, 277.
- Randelzhofer, Albrecht. "Nationality", in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8. Amsterdam: North-Holland, 1985, 416.
- Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Boston: M. Nijhoff Publishers, 1991.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1992 (loose-leaf updated June 1998, issue 24).
- Weis, Paul. *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed. Germantown, Md.: Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- Williams, Sharon A., and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 85 B.C.A.C. 192, 112 C.C.C. (3d) 508, [1996] B.C.J. No. 2615 (QL), dismissing an appeal from conviction by Low J.

Doctrine citée

- Akehurst, Michael. «Jurisdiction in International Law» (1972-1973), 46 *B.Y.I.L.* 145.
- Arbour, J.-Maurice. *Droit international public*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Combacau, Jean, et Serge Sur. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1995.
- Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997.
- Henkin, Louis *et al.* *International Law: Cases and Materials*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Kindred, Hugh M. *et al.* *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
- Lew, Julian D. M. «The Extraterritorial Criminal Jurisdiction of English Courts» (1978), 27 *Int'l & Comp. L.Q.* 168.
- Oppenheim, Lassa Francis Lawrence. *International Law: A Treatise*, vol. 1, 8th ed. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1955.
- Oxman, Bernard H. «Jurisdiction of States», in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10. Amsterdam: North-Holland, 1987, 277.
- Randelzhofer, Albrecht. «Nationality», in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8. Amsterdam: North-Holland, 1985, 416.
- Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Boston: M. Nijhoff Publishers, 1991.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1992 (loose-leaf updated June 1988, issue 24).
- Weis, Paul. *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed. Germantown, Md.: Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- Williams, Sharon A., and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 85 B.C.A.C. 192, 112 C.C.C. (3d) 508, [1996] B.C.J. n° 2615 (QL), qui a rejeté un appel formé contre la déclaration de

sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Neil L. Cobb and Kathleen Mell, for the appellant.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

¹ CORY AND IACOBUCCI JJ. — The present appeal brings two basic questions before the Court. First, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the taking of the appellant's statement by Canadian police in the United States in connection with their investigation of an offence committed in Canada for a criminal prosecution to take place in Canada, and if the *Charter* applies, was it breached in the circumstances? Second, if the *Charter* applies and was contravened, should the statement be excluded under s. 24(2) of the *Charter* under these circumstances?

I. Background

A. The Arrest

² On January 14, 1993, the appellant, Deltonia R. Cook, was arrested under a provisional warrant by a United States Marshal, Michael Credo, in New Orleans, Louisiana for the murder of a taxicab driver, John McKechnie, in Vancouver on May 19, 1992. The warrant for the appellant's arrest was issued by a United States Magistrate in connection with an extradition request made by Canadian authorities. The appellant was read his *Miranda* rights upon arrest and he said he understood those rights. Marshal Credo did not interrogate the appellant.

³ After the arrest, the appellant was taken before a United States Magistrate. As noted by the trial

culpabilité prononcée par le juge Low, siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Neil L. Cobb et Kathleen Mell, pour l'appellant.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., pour l'intervenant.

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

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à trancher deux questions fondamentales. Premièrement, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'appellant qu'ont réalisé des policiers canadiens aux États-Unis dans le cadre de leur enquête sur une infraction perpétrée au Canada en vue de poursuites pénales au Canada, et, dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la *Charte* dans les circonstances? Deuxièmement, si elle s'applique et qu'il y ait eu violation, la déclaration doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, vu les circonstances?

I. Contexte

A. L'arrestation

Le 14 janvier 1993, l'appellant, Deltonia R. Cook, a été arrêté en vertu d'un mandat provisoire par un marshal de la police fédérale des États-Unis, Michael Credo, à La Nouvelle-Orléans, en Louisiane, pour le meurtre d'un chauffeur de taxi, John McKechnie, commis à Vancouver le 19 mai 1992. Le mandat d'arrestation visant l'appellant a été décerné par un magistrat américain à la suite d'une demande d'extradition des autorités canadiennes. Lors de l'arrestation de l'appellant, la mise en garde de l'arrêt *Miranda* lui a été lue et il a déclaré comprendre ses droits. Le marshal Credo ne l'a pas interrogé.

Après son arrestation, l'appellant a été amené devant un magistrat américain. Comme l'a fait

judge, a public defender was present during the appellant's court appearance, but it is not clear from the evidence to what extent he participated. The Magistrate asked the appellant if he wanted a lawyer appointed for him and the appellant replied that he did. The Magistrate said a court-appointed lawyer would contact him; however, the appellant did not at any time hear from or contact a lawyer prior to the interrogation which gave rise to this appeal.

Two days after the arrest, Detectives Aitken and MacDonald from the City of Vancouver Police Department interviewed the appellant in a New Orleans prison and obtained a tape-recorded statement from him. The detectives made no inquiries of the U.S. authorities as to whether the appellant had seen or expected to see a lawyer.

Early in the initial questioning, Detective Aitken told the appellant that he had been arrested for the killing of a taxicab driver in Vancouver on May 19, 1992. The interrogation then began with a series of background questions which included inquiries about the appellant's family, religion, career, and visits to Vancouver when he was stationed at Whidbey Island in Washington as a United States Marine. During this initial portion of the interview, the appellant was not advised of his right to counsel or told that he was not required to speak to the detectives. The appellant was never told that what he said could be used in evidence.

After 20 minutes of interrogation and after being asked specifically whether or not he shot the cab driver, the appellant was finally advised of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*, and then only partially. Detective Aitken told the appellant that he had the right to retain and instruct counsel without delay. However, the manner in which the warning was provided was so confusing that it deprived the appellant from forming a decision about whether or not to seek legal advice. For instance, the detective told the appellant that his right to counsel could be exercised by talking to a religious elder, his mother or a friend. Further, although Detective Aitken mentioned that legal aid was available to the appellant, he did not provide

remarquer le juge du procès, un défenseur public se trouvait sur les lieux pendant la comparution de l'appelant, mais la preuve ne permet pas d'établir avec certitude quelle a été sa participation. Le magistrat a demandé à l'appelant s'il voulait qu'un avocat soit désigné pour le défendre. Il a dit oui. Le magistrat a dit qu'un avocat commis d'office entrerait en contact avec lui. Toutefois, aucun avocat n'a contacté l'appelant et celui-ci n'a communiqué avec aucun avocat avant l'interrogatoire en cause dans le présent pourvoi.

Deux jours après l'arrestation, les détectives Aitken et MacDonald du service de police de Vancouver ont interrogé l'appelant dans une prison de La Nouvelle-Orléans et ont obtenu une déclaration enregistrée au magnétophone. Les détectives n'ont pas vérifié auprès des autorités américaines si l'appelant avait rencontré un avocat ou en attendait un.

Dès le début de l'interrogatoire, le détective Aitken a dit à l'appelant qu'il avait été arrêté pour le meurtre d'un chauffeur de taxi commis à Vancouver le 19 mai 1992. Puis une série de questions lui ont été posées sur ses antécédents, dont des questions sur sa famille, sa religion, son métier et ses visites à Vancouver au moment où il était affecté comme fusilier marin à Whidbey Island dans l'État de Washington. Durant cette première partie de l'interrogatoire, l'appelant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ni de son droit de garder le silence. On ne lui a pas dit que ce qu'il allait dire pourrait servir de preuve.

Après 20 minutes d'interrogatoire et après qu'on lui eut demandé précisément s'il avait tué le chauffeur de taxi, l'appelant a finalement été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10(b) de la *Charte*, mais encore incomplètement. Le détective Aitken lui a dit qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Toutefois, la mise en garde a été faite d'une manière tellement embrouillée que l'appelant n'a pas été en mesure de décider s'il devait consulter un avocat. Par exemple, le détective lui a dit qu'il pouvait exercer son droit à l'assistance d'un avocat en parlant à un ancien de sa confession, à sa mère ou à un ami. En outre, bien que le détective ait mentionné que l'appelant pouvait recourir à l'aide

4

5

6

the appellant with a telephone number or any means to contact a legal aid lawyer in Vancouver. At this time, Detective Aitken also advised the appellant that he did not have to speak to the detectives.

7 After giving this convoluted s. 10(b) *Charter* warning, Detective Aitken then asked the appellant why his fingerprints “would be” on the cab where the deceased was found. In fact, the appellant’s fingerprints had not been found on the cab. The interview continued and the appellant gave a statement in which he denied killing the cab driver.

B. *The Trial*

8 The Crown’s case consisted of testimony from witnesses which implicated the appellant in the murder. Prior to the close of its case, the Crown sought a ruling which would permit it to use the appellant’s statement in cross-examination to impeach his credibility. The admissibility of the statement became the subject of a two-day *voir dire*. The defence alleged that the statement was obtained in breach of s. 10(b) of the *Charter* and he sought exclusion of the statement under s. 24(2). The trial judge found that there had been a breach of s. 10(b) but that the statement was admissible for the limited purpose of impeaching the appellant’s credibility in cross-examination.

9 The appellant was the only witness called for the defence. He was questioned in direct examination about the statement made to police. He acknowledged that he had lied to the police when he told them that he met his friend, William Fennell, at another friend’s apartment on the evening of May 19, 1992. This version of the events contradicted what the appellant said in his testimony at trial: that he and Fennell had driven together from Whidbey Island to Vancouver on May 19, 1992, in Fennell’s car. The appellant said he lied in his statement to the police because he thought the police would let him go if he gave them a satisfactory statement, and because he wanted to dissociate himself from Fennell and his car. The appellant

juridique, il ne lui a pas fourni de numéro de téléphone ni d’autre moyen de contacter un avocat de l’aide juridique à Vancouver. À ce moment-là, le détective Aitken lui a aussi dit qu’il n’était pas obligé de répondre aux détectives.

Après lui avoir fait cette mise en garde compliquée pour se conformer à l’al. 10b), le détective Aitken a demandé à l’appelant pourquoi ses empreintes digitales «auraient été» relevées sur le taxi dans lequel la victime a été trouvée. En fait, ses empreintes n’avaient pas été trouvées dans la voiture. L’interrogatoire s’est poursuivi et l’appelant a fait une déclaration dans laquelle il niait avoir tué le chauffeur de taxi.

B. *Le procès*

La preuve du ministère public a consisté dans les dépositions de témoins impliquant l’appelant dans le meurtre. Avant de terminer sa preuve, le ministère public a demandé à la cour de l’autoriser à utiliser la déclaration de l’appelant pour attaquer sa crédibilité dans le cadre du contre-interrogatoire. L’admissibilité de la déclaration a fait l’objet d’un voir-dire qui a duré deux jours. La défense a allégué que la déclaration avait été obtenue en violation de l’al. 10b) de la *Charte* et elle a sollicité l’exclusion de la déclaration en vertu du par. 24(2). Le juge du procès a estimé que l’al. 10b) avait été violé mais que la déclaration était admissible dans le but limité d’attaquer la crédibilité de l’appelant dans le cadre du contre-interrogatoire.

L’appelant a été le seul témoin à décharge. Il a été interrogé en interrogatoire principal sur sa déclaration aux policiers. Il a admis avoir menti à ceux-ci quand il leur a dit qu’il avait rencontré son ami, William Fennell, à l’appartement d’un autre ami le soir du 19 mai 1992. Cette version des faits contredisait celle qu’il a donnée au procès: Fennell et lui étaient partis en voiture de Whidbey Island pour aller à Vancouver le 19 mai 1992. L’appelant a dit avoir menti dans sa déclaration aux policiers parce qu’il pensait qu’ils allaient le laisser partir s’il leur donnait une version satisfaisante et parce qu’il voulait n’avoir rien à voir avec Fennell et sa voiture. L’appelant a ensuite été contre-interrogé sur cette partie de la déclaration et il a expliqué de

was later cross-examined on this portion of his statement and again asked to explain why he lied to the Vancouver detectives.

On October 5, 1994, the jury entered a verdict of guilty of second degree murder. The trial judge sentenced the appellant to life imprisonment with no chance of parole for 15 years. The appellant's appeal to the Court of Appeal was dismissed.

II. Relevant Charter Provisions

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . .

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

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

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.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia, Ruling on Voir Dire*

(1) Section 10(b) Ruling ([1994] B.C.J. No. 2473)

In a written decision dated September 29, 1994, Low J. found that the appellant's statement to the Canadian police was voluntary, but it was obtained in breach of s. 10(b) of the *Charter*. He stated that

nouveau pourquoi il avait menti aux policiers de Vancouver.

Le 5 octobre 1994, le jury a inscrit un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction de meurtre au second degré. Le juge du procès a condamné l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 15 ans. L'appel de l'appellant porté devant la cour d'appel a été rejeté.

II. Dispositions pertinentes de la Charte

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

. . .

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

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

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.

III. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, Décision après un voir-dire*

(1) Décision sur l'al. 10b ([1994] B.C.J. n° 2473)

Dans une décision écrite en date du 29 septembre 1994, le juge Low a conclu que la déclaration de l'appelant à la police canadienne avait été faite volontairement, mais qu'elle avait été obtenue par

10

11

12

the appellant was entitled, in the circumstances, to be informed promptly in the interview of his rights. He did not accept the Canadian officer's evidence that the initial interview was to acquire background information and held that, in fact, the officers were eliciting corroborating evidence from the appellant.

13 Low J. also held at para. 27 that the appellant was informed of his rights in a manner which "deprived [him] of the opportunity to make an informed choice about talking to the police without obtaining legal advice". The trial judge, at para. 28, specifically referred to three elements of the warning which may have confused the appellant:

The words "and I realize that probably means nothing" after the use of the s. 10(b) words are potentially misleading. The reference to obtaining advice from somebody other than a lawyer is misleading. The purpose of s. 10(b) is to give an arrested or detained person the opportunity to obtain legal advice, not spiritual or other advice. Finally, the advice about obtaining a lawyer from the Legal Aid Society of this province, to be of any value to the accused in New Orleans, had to be accompanied by an immediate offer to put him in touch with such a lawyer by telephone. Nothing said to the accused could have left him with the understanding that he could be so connected for legal advice.

Ultimately, Low J. concluded at para. 29 that the officer had given "the advice in a convoluted way which effectively confused the accused and distracted him from making a reflective choice about obtaining immediate legal assistance. Absent an explanation from Aitken [one of the detectives], I must conclude that he intended the result he obtained".

(2) Section 24(2) Ruling

14 In an unreported oral decision released that same day (September 29, 1994), Low J. made a ruling under s. 24(2) of the *Charter*. He declared that admissibility must be determined by reference

la dérogation à l'al. 10b) de la *Charte*. Il a déclaré que l'appelant avait le droit, dans les circonstances, d'être informé promptement de ses droits durant l'interrogatoire. Il n'a pas accepté le témoignage de l'agent canadien que l'interrogatoire initial visait à recueillir des renseignements généraux et a décidé qu'en fait, les agents cherchaient à soustraire à l'appelant des éléments de preuve corroborants.

Le juge Low a aussi jugé, au par. 27, que l'appelant avait été informé de ses droits d'une manière qui [TRADUCTION] «l'a privé de la possibilité de faire un choix éclairé quant à la décision de parler aux policiers sans consulter un avocat». Le juge du procès a cité nommément, au par. 28, trois éléments de la mise en garde qui ont pu embrouiller l'appelant:

[TRADUCTION] Les mots «et je sais bien que cela ne veut probablement rien dire» après la formule tirée de l'al. 10b) risquent d'induire en erreur. L'allusion à la possibilité de consulter quelqu'un d'autre qu'un avocat est trompeuse. Le but de l'al. 10b) est de permettre à la personne arrêtée ou détenue d'obtenir un conseil juridique, et non un conseil spirituel ou d'une autre nature. Finalement, l'information donnée concernant la consultation d'un avocat de l'aide juridique de notre province ne pouvait présenter d'intérêt pour le prévenu à La Nouvelle-Orléans que si elle s'accompagnait de l'offre immédiate de le mettre en rapport avec un tel avocat par téléphone. Rien de ce qui a été dit au prévenu n'aurait pu l'amener à comprendre qu'il pouvait être ainsi mis en rapport avec un tel avocat.

En fin de compte, le juge Low a conclu, au par. 29, que l'agent avait fait [TRADUCTION] «la mise en garde en termes compliqués qui avaient embrouillé l'accusé et détourné son esprit du choix réfléchi à faire sur la possibilité de recourir immédiatement à l'assistance d'un avocat. En l'absence d'explication de la part d'Aitken [l'un des détectives], je dois conclure que celui-ci recherchait le résultat qu'il a obtenu».

(2) Décision sur le par. 24(2)

Dans une décision non publiée rendue de vive voix le même jour (29 septembre 1994) le juge Low s'est prononcé sur le par. 24(2) de la *Charte*. À son avis, l'admissibilité doit être déterminée sui-

to the factors set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He began by considering the nature of the breach and concluded that, although there was a serious breach of a fundamental and important right, the breach was not “egregious”. Low J. reviewed the case law, particularly *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, and concluded that there is a distinction between incriminating evidence and evidence used for other purposes, such as to attack credibility. He held that since the statement was not incriminating and was not being tendered by the Crown for the truth of its contents, but only to challenge the credibility of the accused, the use of the statement did not render the trial unfair.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 85 B.C.A.C. 192

Hinds J.A., Donald and Newbury J.J.A. concurring, first considered the applicability of the *Charter* to the taking of the appellant’s statement by Canadian police in New Orleans. He referred to *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, where this Court concluded that the *Charter* did not apply to the taking of a statement by U.S. authorities in the United States. He also considered *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, where this Court held that the *Charter* did not apply where a statement was obtained in California by U.S. police at the request of a Canadian officer. Hinds J.A. concluded that these cases were not determinative since, unlike *Harrer* and *Terry*, the case before him involved the taking of a statement by Canadian authorities who happened to be in the United States.

He stated that there is an expectation within our criminal justice system that statements from persons accused of crimes will be obtained by Canadian police in a fair manner, without abuse, and in accordance with Canadian legal precepts of “voluntariness” and in accordance with the rights set out in s. 10(b). He held that that expectation should prevail whether the statement is obtained by

vant les facteurs énoncés dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a tout d’abord examiné la nature de la violation et il a conclu que, bien qu’il se soit agi d’une violation grave d’un droit fondamental et important, la violation n’était pas [TRADUCTION] «flagrante». Le juge Low a passé en revue la jurisprudence, en particulier *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, et est arrivé à la conclusion qu’il fallait établir une distinction entre une preuve incriminante et une preuve utilisée à d’autres fins, notamment pour attaquer la crédibilité. Il a décidé que, puisque la déclaration n’était pas incriminante et n’était pas présentée par le ministère public comme faisant preuve de la véracité des choses qui y sont énoncées, mais seulement dans le but d’attaquer la crédibilité de l’accusé, l’utilisation de la déclaration ne rendait pas le procès inéquitable.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1996), 85 B.C.A.C. 192

Le juge Hinds, avec l’appui des juges Donald et Newbury, a d’abord étudié l’applicabilité de la *Charte* à l’enregistrement de la déclaration de l’appelant par les policiers canadiens à La Nouvelle-Orléans. Il a cité l’arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, dans lequel notre Cour a conclu que la *Charte* ne s’applique pas à l’enregistrement d’une déclaration par les autorités américaines aux États-Unis. Il a également examiné l’arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, dans lequel notre Cour a décidé que la *Charte* ne s’applique pas lorsqu’une déclaration a été obtenue par la police américaine en Californie à la demande d’un agent canadien. Le juge Hinds a conclu que ces arrêts n’étaient pas décisifs car, au contraire des affaires *Harrer* et *Terry*, le cas qu’il devait trancher portait sur l’enregistrement d’une déclaration par des autorités canadiennes qui se trouvaient à agir aux États-Unis.

Il s’est dit d’avis que notre système de justice pénale repose sur l’attente que les policiers canadiens obtiendront des déclarations des accusés de manière équitable et non abusive, en conformité avec les principes du droit canadien régissant le «caractère volontaire», tout en respectant les droits garantis par l’al. 10(b). Il a estimé qu’il convient de répondre à cette attente dans tous les cas, que la

Canadian police authorities within this country or abroad.

déclaration soit obtenue par les autorités policières canadiennes au pays ou à l'étranger.

17 In the result, the Court of Appeal concluded that both ss. 10(b) and 24(2) of the *Charter* were applicable to the interrogation by Canadian police officers of an accused person in the United States with respect to an offence committed in Canada and that under the circumstances s. 10(b) had been violated.

La Cour d'appel a donc conclu que tant l'al. 10b) que le par. 24(2) étaient applicables à l'interrogatoire d'un accusé par les policiers canadiens aux États-Unis relativement à une infraction commise au Canada et que, dans les circonstances, il s'agissait d'une violation de l'al. 10b).

18 Hinds J.A. went on to consider whether the trial judge properly admitted the statement under s. 24(2) for the purpose of impeaching the accused's credibility in cross-examination. He found that the procedure set out in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, even though decided subsequent to the trial judgment, had been followed. He held that the trial judge had not erred in his conclusion on the s. 24(2) application. Hinds J.A. cautioned that, although the intended use of the statement was an important factor in the trial judge's determination under s. 24(2), the fairness of a trial cannot always be determined by reference to the intended use of the evidence sought to be admitted. He acknowledged that in some circumstances "not present in this case, the impeachment of an accused by his previous statement may seriously damage his defence" (at para. 52, emphasis added).

Le juge Hinds a ensuite étudié la question de savoir si le juge du procès avait eu raison d'admettre la déclaration en vertu du par. 24(2) afin qu'elle serve à attaquer la crédibilité de l'accusé dans le cadre du contre-interrogatoire. Il a estimé que la procédure préconisée dans l'arrêt *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, quoique celui-ci ait été rendu après le jugement au procès, avait été suivie. Il a décidé que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en tirant sa conclusion concernant le par. 24(2). Le juge Hinds a fait cependant cette mise en garde: bien que l'utilisation projetée de la déclaration ait été un facteur important dans la décision rendue par le juge du procès relativement au par. 24(2), l'équité du procès n'est pas toujours fonction de l'utilisation projetée de la preuve qu'une partie cherche à faire admettre. Il a reconnu que, dans certaines circonstances, [TRADUCTION] «qui ne sont pas présentes en l'espèce, attaquer la crédibilité d'un accusé au moyen de sa déclaration antérieure peut faire beaucoup de tort à sa défense» (au par. 52, nous soulignons).

19 Hinds J.A. next considered whether, if the *Charter* did not apply to the actions of the Canadian police abroad, cross-examination on the statement nonetheless rendered the trial unfair pursuant to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He reviewed the factors set out in *Harrer* on the question of fairness and he reviewed the major circumstances of the trial; he concluded that admission of the statement for the limited purpose of impeaching the accused's credibility would not violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Consequently, Hinds J.A. held that the appellant's statement was admissible

Le juge Hinds s'est ensuite penché sur la question de savoir si, dans l'hypothèse où la *Charte* ne s'appliquerait pas aux actes de la police canadienne à l'étranger, le contre-interrogatoire sur la déclaration rendrait tout de même le procès inéquitable sous le régime de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Il a examiné les facteurs énoncés dans l'arrêt *Harrer* quant à la question de l'équité ainsi que les principales circonstances du procès; il a conclu que l'utilisation de la déclaration dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'accusé ne porterait pas atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. En conséquence, le juge Hinds a décidé que la déclaration de l'accusé était admissible dans le but

for the limited purpose of impeaching his credibility in cross-examination.

Finally, Hinds J.A. rejected the appellant's argument that the trial judge erred in his charge to the jury concerning the use that could be made of the appellant's prior inconsistent statement. He concluded that the instructions given by the trial judge were adequate.

IV. Issues

1. Does the *Charter* apply to the taking of the appellant's statement by Canadian police in the United States in connection with their investigation of an offence committed in Canada for a criminal prosecution to take place in Canada, and if the *Charter* applies, was it breached in the circumstances?

2. If the *Charter* applies and was contravened, should the statement be excluded under s. 24(2) of the *Charter* under these circumstances?

The parties raise two other issues on appeal. First, in the event that the *Charter* does not apply in the circumstances, would the admission of the statement render the trial unfair under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*? Second, if the statement was properly admitted, did the trial judge fail to instruct the jury adequately regarding the proper use of the statement? We conclude that the *Charter* does apply to the actions of the Canadian detectives in New Orleans; we also find that the statement should be excluded under s. 24(2). As a result of these findings, it is not necessary to deal with these other two issues.

V. Analysis

A. *Application of the Charter*

The Court is called upon to determine whether the investigative actions of Canadian authorities on foreign soil, in connection with a crime committed in Canada and to be prosecuted in Canada, are sub-

limité d'attaquer sa crédibilité dans le cadre du contre-interrogatoire.

Pour terminer, le juge Hinds a repoussé l'argument de l'appelant selon lequel le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury au sujet de l'utilisation acceptable de la déclaration antérieure incompatible de l'appelant. Il a conclu que les directives données par le juge du procès étaient suffisantes.

IV. Questions en litige

1. La *Charte* s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'appelant qu'ont réalisé des policiers canadiens aux États-Unis dans le cadre de leur enquête sur une infraction perpétrée au Canada en vue de poursuites pénales au Canada et, dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la *Charte* dans les circonstances?

2. Si la *Charte* s'applique et qu'il y ait eu violation, la déclaration doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné les circonstances?

Les parties soulèvent deux autres questions dans le présent pourvoi. Premièrement, pour le cas où la *Charte* ne s'appliquerait pas dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration rendrait-elle le procès inéquitable sous le régime de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*? Deuxièmement, si la déclaration a été admise à bon droit, le juge du procès a-t-il omis de donner des directives appropriées au jury au sujet de l'utilisation légitime de la déclaration? Nous concluons que la *Charte* est bel et bien applicable aux actes des détectives canadiens à La Nouvelle-Orléans et qu'il y a lieu d'écartier la déclaration en application du par. 24(2). Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres questions.

V. Analyse

A. *Application de la Charte*

La Cour doit trancher la question de savoir si les actes accomplis par les autorités canadiennes dans une enquête à l'étranger, en ce qui concerne un crime commis au Canada et devant être poursuivi

20

21

22

23

ject to the *Charter*. Viewed from another perspective, at issue is whether a suspect, in this case a U.S. citizen, to a crime committed in Canada can claim Canadian constitutional rights in connection with an interrogation conducted by Canadian police on foreign territory. In other words, in the circumstances of this case, does s. 32 of the *Charter* apply to the Canadian officials such that the appellant may invoke s. 10(b) of the *Charter*, and if the appellant's rights under s. 10(b) have been violated, can the evidence obtained in violation of those rights be excluded under s. 24(2)?

24 The appellant submits that a plain reading of s. 32(1) of the *Charter* indicates that the *Charter* applies to Canadian authorities wherever they happen to be carrying out their duties. The respondent argues, however, that this Court's decisions in *Harrer, supra*, and *Terry, supra*, have settled the issue by providing that the *Charter* does not apply to evidence gathering activities which take place outside of Canada whether those activities are undertaken by Canadian authorities or foreign authorities.

25 In our view, the *Charter* applies to the actions of the Vancouver detectives in interviewing the appellant in New Orleans. Two factors are critical to this conclusion and provide helpful guidelines for recognizing those rare circumstances where the *Charter* may apply outside of Canada: (1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* to the actions of the Canadian detectives in the United States does not, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect.

(1) The Applicable Principles

26 Section 32(1) of the *Charter* provides that the *Charter* applies to all matters within the authority of Parliament and the legislature and government of each province. However, the scope of *Charter* application beyond Canadian territory cannot be determined merely by reference to s. 32(1). The

au Canada, sont assujettis à la *Charte*. D'un autre point de vue, il s'agit de décider si une personne, en l'occurrence un citoyen américain, soupçonnée d'un crime perpétré au Canada peut se réclamer de la Constitution canadienne relativement à un interrogatoire mené par la police canadienne à l'étranger. En d'autres termes, étant donné les circonstances de l'espèce, l'art. 32 de la *Charte* s'applique-t-il aux policiers canadiens de sorte que l'appelant puisse invoquer l'al. 10b) de la *Charte*, et s'il y a eu violation des droits garantis par cet alinéa à l'appelant, les éléments de preuve obtenus en violation de ces droits peuvent-ils être écartés en application du par. 24(2)?

L'appelant soutient qu'il ressort clairement du par. 32(1) de la *Charte* que celle-ci est applicable aux autorités canadiennes partout où elles se trouvent à remplir leurs fonctions. L'intimée affirme, toutefois, que les arrêts de notre Cour *Harrer* et *Terry*, précités, ont réglé la question car ils statuent que la *Charte* ne s'applique pas aux activités exercées à l'étranger pour recueillir des éléments de preuve, que ce soit par les autorités canadiennes ou étrangères.

À notre avis, la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver qui ont interrogé l'appelant à La Nouvelle-Orléans. Deux facteurs décisifs autorisent cette conclusion et fournissent des indications utiles pour reconnaître les rares circonstances où la *Charte* peut s'appliquer à l'étranger: premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable.

(1) Les principes applicables

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* prévoit que celle-ci s'applique au Parlement, pour tous les domaines relevant de celui-ci, et à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. Toutefois, la question de l'application de la *Charte* à

analysis is further conditioned by the accepted principle of international law that “since states are sovereign and equal, it follows that one state may not exercise jurisdiction in a way that interferes with the rights of other states” (Hugh M. Kindred *et al.*, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (5th ed. 1993), at p. 423). In essence, the principle of the sovereign equality of states generally prohibits extraterritorial application of domestic law since, in most instances, the exercise of jurisdiction beyond a state’s territorial limits would constitute an interference under international law with the exclusive territorial jurisdiction of another state. The Permanent Court of International Justice in *The Case of the S.S. “Lotus”* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10, at pp. 18-19, articulated this principle as follows:

Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.

... all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty.

From the general principle stated in *The S.S. “Lotus”* that the basis of a State’s jurisdictional competence is territorial, it follows that an attempt to apply domestic law beyond Canada’s borders results in “extraterritoriality”, defined by James R. Fox, in the *Dictionary of International and Comparative Law* (2nd ed. 1997), at p. 106, as the “operation of laws upon persons or rights existing beyond the territorial limits of the state enacting such laws”. The respondent argues that, in accordance with the prohibition under international law against the extraterritorial application of domestic

l’extérieur du territoire canadien ne peut être tranchée par la simple consultation du par. 32(1). Il faut aussi, dans notre analyse, prendre en considération le principe reconnu de droit international selon lequel [TRADUCTION] «les États étant souverains et égaux, il s’ensuit qu’un État ne peut pas exercer sa compétence de manière à s’immiscer dans les droits d’autres États» (Hugh M. Kindred *et autres*, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (5^e éd. 1993), à la p. 423). Essentiellement, le principe de l’égalité souveraine des États interdit généralement l’application extraterritoriale de la loi nationale puisque, dans la plupart des cas, l’exercice par un État de sa compétence au-delà de ses frontières constituerait, suivant le droit international, une ingérence dans la compétence territoriale exclusive d’un autre État. La Cour permanente de justice internationale a explicité ce principe de la façon suivante dans l’*Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10, aux pp. 18 et 19:

Or, la limitation primordiale qu’impose le droit international à l’État est celle d’exclure — sauf l’existence d’une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d’un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait pas être exercée hors du territoire, sinon en vertu d’une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d’une convention.

... tout ce qu’on peut demander à un État, c’est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu’il exerce se trouve dans sa souveraineté.

Du principe général du fondement territorial de la compétence de l’État, énoncé dans l’*Affaire du «Lotus»*, il découle que toute tentative d’appliquer la loi nationale au-delà des frontières du Canada constitue un acte d’«extraterritorialité», notion que James R. Fox définit comme étant [TRADUCTION] «l’application de lois à des personnes ou à des droits au-delà des limites territoriales de l’État ayant édicté ces lois» dans le *Dictionary of International and Comparative Law* (2^e éd. 1997), à la p. 106. L’intimée soutient qu’étant donné que le droit international interdit l’application extraterri-

laws, the *Charter* cannot apply at all beyond Canada's territorial boundaries. In our view, although territory is clearly a critical element in determining the scope of a state's jurisdiction, territory alone is not determinative of jurisdictional competence under international law. There are some circumstances where the application of Canadian law to an undertaking by Canadian law enforcement authorities on foreign territory can be grounded on other jurisdictional principles, and will not result in an objectionable interference with the exercise of foreign jurisdiction.

28 While territoriality is the most common basis of jurisdiction, international law also permits states to evoke the nationality of the person subject to the domestic law as a valid basis of jurisdictional authority. As Oscar Schachter states in *International Law in Theory and Practice* (1991), at p. 254:

It had long been accepted that a State was entitled to apply its legislative (or prescriptive) authority to events and persons within its territory and to its nationals outside of the country. "Territoriality" and "nationality" were referred to as "bases" of jurisdiction and functioned as criteria of permissible authority. Territoriality is generally considered the normal basis of jurisdiction; nationality more exceptional, but always accepted in international relations.

29 Jurisdictional competence on the basis of territoriality and nationality is an incident of sovereign equality and independence, which Bernard H. Oxman describes as follows in "Jurisdiction of States" in the *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10 (1987), at p. 279:

The fundamental bases for the exercise of jurisdiction by a State are rooted in two aspects of the modern concept of the State itself: defined territory and permanent population. In principle, a State has jurisdiction over all persons, property and activities in its territory; a State also has jurisdiction over its nationals wherever they may be. [Emphasis added.]

toriale des lois nationales, la *Charte* ne peut absolument pas être appliquée au-delà des frontières du Canada. À notre avis, bien que le territoire soit de toute évidence un élément crucial dans l'appréciation de la portée de la compétence d'un État, ce n'est pas le seul déterminant de la compétence en vertu du droit international. Dans certains cas en effet, l'application du droit canadien à une opération effectuée par les autorités policières canadiennes à l'étranger peut se fonder sur d'autres principes, et ne représentera pas une ingérence inacceptable dans l'exercice de la compétence d'un autre État.

Si la territorialité s'impose comme le fondement le plus courant de la compétence, le droit international permet également aux États d'invoquer la nationalité de la personne soumise à la loi nationale comme titre valide de compétence. Comme l'a dit Oscar Schachter dans *International Law in Theory and Practice* (1991), à la p. 254:

[TRADUCTION] On reconnaissait depuis longtemps à l'État le droit d'exercer sa compétence législative (ou normative) sur les événements et les personnes à l'intérieur de son territoire ainsi que sur ses nationaux à l'extérieur du pays. La «territorialité» et la «nationalité» étaient présentées comme des «bases» de compétence et servaient de critères de l'autorité permise. La territorialité est généralement considérée comme le fondement normal de la compétence; la nationalité est un fondement plus exceptionnel mais qui a toujours été reconnu dans les relations internationales.

La compétence fondée sur la territorialité et la nationalité est un attribut de l'égalité souveraine et de l'indépendance. Sous le titre «Jurisdiction of States» dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10 (1987), à la p. 279, Bernard H. Oxman en donne l'explication suivante:

[TRADUCTION] Les bases fondamentales de l'exercice de la compétence d'un État reposent sur deux aspects de la notion moderne de l'État lui-même: un territoire défini et une population permanente. En principe, l'État a compétence à l'égard de l'ensemble des personnes et des biens qui se trouvent sur son territoire ainsi que des activités qui s'y déroulent; l'État a également compétence à l'égard de ses nationaux où qu'ils soient. [Nous soulignons.]

This Court, when called upon to determine whether the *Charter* may apply beyond our borders, has made findings which are consistent with both the limits of s. 32(1) and the applicable jurisdictional limits of international law. For example, La Forest J. made the following observation in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, one of a trilogy of extradition cases (which included *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, and *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564) where a majority held that s. 11 does not apply to extradition hearings (*Schmidt*, at p. 518):

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country. . . . In particular the *Charter* cannot be given extra-territorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted. [Emphasis added.]

More recently, this Court held in *Harrer* that the *Charter* cannot apply to govern evidence gathering abroad by foreign officers. In *Harrer*, the accused was interrogated in the United States by U.S. authorities with respect to her immigration status and with respect to the circumstances of an alleged offence by her boyfriend in the United States. The interrogation then shifted to *Harrer*'s supposed criminal involvement in Canada relating to her boyfriend's escape from custody while he was being held for extradition to the United States. The U.S. authorities did not give *Harrer* a second right to counsel warning when their questions shifted from the immigration matter and the U.S. offence to her possible criminal involvement in Canada, as would be required in Canada in accordance with s. 10(b) of the *Charter*. This Court held that the *Charter* did not apply to the conduct of the U.S. officials.

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

Quand elle a été appelée à décider si la *Charte* peut s'appliquer au-delà de nos frontières, notre Cour a tiré des conclusions qui sont conciliables tant avec les limites du par. 32(1) qu'avec les limites applicables en matière de compétence en droit international. Par exemple, le juge La Forest a fait l'observation qui suit dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, l'un de trois arrêts en matière d'extradition (les autres étant *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, et *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564), dans lequel la majorité a décidé que l'art. 11 ne s'applique pas aux audiences d'extradition (arrêt *Schmidt*, à la p. 518):

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s'applique pas aux actes d'un pays étranger: [. . .] En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger. [Nous soulignons.]

Plus récemment, notre Cour a décidé dans *Harrer* que la *Charte* ne peut pas s'appliquer aux activités exercées à l'étranger par des agents étrangers pour recueillir des éléments de preuve. Dans l'affaire *Harrer*, l'accusée a été interrogée aux États-Unis par les autorités américaines qui voulaient s'assurer qu'elle était en règle avec l'immigration et enquêter sur les circonstances d'une infraction que son petit ami était censé avoir commise aux États-Unis. L'interrogatoire a porté ensuite sur la présumée participation criminelle d'*Harrer* à l'évasion de son petit ami au Canada, alors qu'il était détenu en vue de son extradition aux États-Unis. Les autorités américaines n'ont pas donné à *Harrer* la mise en garde concernant le droit à l'assistance d'un avocat une deuxième fois quand l'interrogatoire a cessé de porter sur la question d'immigration et sur l'infraction commise aux États-Unis pour porter sur sa participation criminelle possible au Canada, comme l'aurait exigé l'al. 10(b) de la *Charte* au Canada. Notre Cour a décidé que la *Charte* ne s'appliquait pas à la conduite des fonctionnaires américains.

Le juge La Forest, rendant jugement au nom du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé,

explained at para. 12 that what was determinative was “the simple fact that the United States immigration officials and the Marshals were not acting on behalf of any of the governments of Canada, the provinces or the territories, the state actors to which, by virtue of s. 32(1) the application of the *Charter* is confined. . . . It follows that the *Charter* simply has no direct application to the interrogations in the United States because the governments mentioned in s. 32(1) were not implicated in these activities”.

33

La Forest J. underlined that the case was not determined by the fact that the impugned act occurred outside Canadian territory; in that regard he expressly declined to accept McLachlin J.’s view (writing concurring reasons for herself and Major J.) that the *Charter* is limited to the boundaries of Canada (at para. 35). He explained as follows at paras. 10-11:

Let me first say a word about the argument concerning the territorial limits of the *Charter*, which appears to have played a considerable role in the thinking of the Court of Appeal. That argument is not necessary to the disposition of the case, but I would not wish my remarks to be interpreted as giving credence to the view that the ambit of the *Charter* is automatically limited to Canadian territory. . . .

. . . it strikes me that the automatic exclusion of *Charter* application outside Canada might unduly restrict the protection Canadians have a right to expect against the interference with their rights by our governments or their agents. Consequently, had the interrogation about a Canadian offence been made by Canadian peace officers in the United States in circumstances that would constitute a violation of the *Charter* had the interrogation taken place in Canada, an entirely different issue would arise. [Emphasis added.]

34

These remarks anticipate the application of the *Charter* to the circumstances which arise in the case at bar. However, the respondent submits that any door which La Forest J.’s remarks may have left open was decidedly closed in *Terry* where

Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci, a expliqué, au par. 12, que ce qui permettait de trancher de façon définitive était «le simple fait que les fonctionnaires des services de l’immigration des États-Unis et les marshals américains n’agissaient pour aucun des gouvernements du Canada, des provinces et des territoires, savoir les acteurs étatiques auxquels est limitée l’application de la *Charte* par son par. 32(1) [. . .] Il s’ensuit que la *Charte* ne s’applique absolument pas de façon directe aux interrogatoires qui ont eu lieu aux États-Unis, étant donné que les gouvernements mentionnés au par. 32(1) n’ont pas participé à ces activités».

Le juge La Forest a souligné que la solution de l’affaire ne dépendait pas du fait que l’acte reproché ait été accompli à l’extérieur du territoire canadien; à cet égard, il a explicitement refusé de souscrire à l’avis du juge McLachlin (qui a rendu des motifs concordants pour le juge Major et elle-même) selon lequel la *Charte* ne s’applique qu’à l’intérieur des frontières du Canada (au par. 35). Il donne l’explication suivante, aux par. 10 et 11:

J’aimerais d’abord dire un mot sur l’argument concernant les limites de l’application territoriale de la *Charte*, argument qui semble avoir joué un rôle considérable dans le raisonnement de la Cour d’appel. Cet argument n’est pas nécessaire pour décider de l’affaire, et je ne voudrais pas que mes remarques soient interprétées comme signifiant que la portée de la *Charte* est obligatoirement limitée au territoire canadien.

. . . il me semble que le fait d’écarter automatiquement l’application de la *Charte* à l’extérieur du Canada pourrait avoir pour effet de restreindre indûment la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s’attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par nos gouvernements ou leurs mandataires. Par conséquent, si l’interrogatoire portant sur une infraction aux lois canadiennes avait été fait par un agent de la paix canadien, aux États-Unis, dans des circonstances qui constitueraient une violation de la *Charte* si cet interrogatoire avait lieu au Canada, nous serions alors en présence d’une tout autre question. [Nous soulignons.]

Ces remarques présagent l’application de la *Charte* aux circonstances qui se présentent en l’espèce. Toutefois, l’intimée affirme que la porte que les remarques du juge La Forest ont pu laisser ouverte a été fermée sans contredit dans l’arrêt

McLachlin J. wrote for a unanimous Court and held that U.S. enforcement officers, arresting a fugitive facing charges in Canada at the request of Canadian authorities, were not subject to Canadian Charter standards.

Terry was charged with first degree murder in connection with the stabbing of a man in British Columbia. He fled to California. Terry was taken into custody by police officers at Santa Rosa, California pursuant to an arrest warrant issued by a United States District Court in connection with an official Canadian request for extradition.

Once Terry was arrested, the Canadian authorities asked the Santa Rosa police to advise Terry of his U.S. rights and to take a statement from him. At trial in Canada, the Crown sought to introduce this statement as evidence. Terry argued that the statement was inadmissible as it had been obtained in breach of his *Charter* rights since the Santa Rosa police failed to advise him of his right to counsel at the time of his arrest in accordance with s. 10(b) thereby rendering the statement subsequently obtained susceptible to exclusion under s. 24(2).

This Court held that the *Charter* did not apply to the U.S. authorities. McLachlin J., for the Court, declared at para. 14 that to apply the *Charter* to the U.S. officers “would run counter to the settled rule that a state is only competent to enforce its laws within its own territorial boundaries”. McLachlin J. went on to state at para. 17 that the general rule “that a state’s criminal law applies only within its territory is particularly true of the legal procedures enacted to enforce it . . . As La Forest J. wrote in *R. v. Harrer* . . ., at para. 15, ‘Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings

Terry où le juge McLachlin a rendu jugement pour la Cour unanime et conclu que les agents américains chargés de l’application de la loi, lorsqu’ils arrêtent un fugitif accusé d’un crime commis au Canada à la demande des autorités canadiennes, ne sont pas soumis aux normes imposées par la *Charte* canadienne.

Terry a été inculpé de meurtre au premier degré relativement à la mort d’un homme tué à coups de couteau en Colombie-Britannique. Il s’est enfui aux États-Unis. Il a été mis en détention par des policiers américains à Santa Rosa, en Californie, conformément à un mandat d’arrestation décerné par une cour de district américaine à la suite d’une demande officielle d’extradition présentée par le Canada.

Après l’arrestation de Terry, les autorités canadiennes ont demandé à la police de Santa Rosa d’informer ce dernier de ses droits aux États-Unis et de prendre en note toute déclaration qu’il ferait. À son procès au Canada, le ministère public a voulu présenter en preuve la déclaration obtenue. Terry a soutenu que la déclaration était inadmissible en raison de la violation de ses droits garantis par la *Charte*, puisque la police de Santa Rosa ne l’avait pas informé de son droit à l’assistance d’un avocat au moment de son arrestation, conformément à l’al. 10b), ce qui rendait la déclaration subéquemment obtenue susceptible d’être écartée en application du par. 24(2).

Notre Cour a décidé que la *Charte* ne s’appliquait pas aux autorités américaines. Le juge McLachlin, pour la Cour, a déclaré, au par. 14, que l’application de la *Charte* aux policiers américains «irait à l’encontre de la règle bien établie selon laquelle un État n’a de compétence pour faire appliquer ses lois qu’à l’intérieur de ses propres frontières territoriales». Elle a ajouté, au par. 17, que la règle générale voulant «que le droit criminel d’un État ne soit applicable que sur son territoire s’applique tout particulièrement aux procédures adoptées pour l’appliquer [. . .] Comme le juge La Forest l’a écrit dans l’arrêt *R. c. Harrer* [. . .], au par. 15, “le Canada ne peut pas imposer l’application de ses exigences procédurales aux procé-

35

36

37

undertaken by other states in their own territories” (emphasis added).

38

Despite these references to the territorial limits of the *Charter*, McLachlin J. admitted at para. 15 that

[t]he principle that a state’s law applies only within its boundaries is not absolute: *The Case of the SS. “Lotus”* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20. States may invoke a jurisdiction to prescribe offences committed elsewhere to deal with special problems, such as those provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to offences on aircraft (s. 7(1), (2)) and war crimes and other crimes against humanity (s. 7(3.71)). A state may likewise formally consent to permit Canada and other states to enforce their laws within its territory for limited purposes. In such cases, the *Charter* may find limited application abroad.

39

Furthermore, she acknowledged that territorial limitations are imposed on Canadian law by the principles of state sovereignty and international comity (at para. 16). Finally, McLachlin J. relied on the objectionable effects of imposing the *Charter* on foreign authorities in rejecting the suggestion that since the U.S. officers were acting at the request of Canadian officers, they were in fact agents of the Canadian officers and for that reason subject to *Charter* standards. McLachlin J. explained that the fact that the U.S. authorities were assisting the Canadian officers does not serve to overcome the fact that imposing Canadian *Charter* standards on their actions would interfere with the sovereignty of the United States (at para. 19):

Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is under-

dures engagées par d’autres États sur leur propre territoire”» (nous soulignons).

En dépit de ces mentions des limites territoriales de la *Charte*, le juge McLachlin admet, au par. 15:

Le principe voulant que les lois d’un État ne s’appliquent qu’à l’intérieur de ses frontières n’est pas absolu: *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, à la p. 20. Les États peuvent invoquer une compétence pour prescrire des infractions commises ailleurs, afin de s’attaquer à des problèmes particuliers, comme c’est le cas, par exemple, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, touchant les infractions commises à bord d’un aéronef (par. 7(1) et (2)) et celles concernant les crimes de guerre et autres crimes commis contre l’humanité (par. 7(3.71)). Un État peut, de la même manière, permettre formellement au Canada et à d’autres États de faire appliquer leurs lois sur son territoire à des fins limitées. Le cas échéant, la *Charte* peut avoir une application limitée à l’étranger.

De plus, elle a reconnu que des limites territoriales sont imposées aux lois canadiennes par les principes de la souveraineté des États et de la courtoisie internationale (au par. 16). Finalement, le juge McLachlin a invoqué les effets inacceptables de l’imposition de la *Charte* aux autorités étrangères pour rejeter la proposition que, puisque les policiers américains agissaient à la demande des agents canadiens, ils étaient en fait des mandataires des policiers canadiens et, pour ce motif, assujettis aux normes de la *Charte*. Elle a expliqué que le fait que les autorités américaines aidaient les agents canadiens ne prime pas le fait qu’imposer les normes de la *Charte* canadienne à l’égard de leurs actes constituerait une ingérence dans l’exercice de la souveraineté des États-Unis (au par. 19):

La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité

taken: see Williams and Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), at p. 320. [Emphasis added.]

Thus, although s. 32(1) was not mentioned in this case, McLachlin J. appears to accept implicitly that the impugned act was beyond the scope of the *Charter* (s. 32(1)); and she explicitly acknowledged that the application of the *Charter* in the circumstances would generate an objectionable extra-territorial effect.

McLachlin J. concluded, at para. 27, that “[e]ven if one could somehow classify [the U.S. officers] as ‘agents’ of the Canadian police, so long as they operated in California they would be governed by California law. In view of this conclusion, it is unnecessary to determine whether the police in California were acting as agents of the Canadian police”. The respondent argues that this finding makes it clear that the *Charter* does not apply to the gathering of evidence on foreign territory, whether that activity is undertaken by foreign officials acting on their own or at the request of Canadian authorities, or by Canadian actors themselves.

We cannot accept this submission. The respondent incorrectly assumes that there is no difference between applying the *Charter* to U.S. officials acting as agents of or at the request of Canadian law enforcement authorities and in applying the *Charter* to Canadian authorities themselves. In fact, there is a fundamental distinction that can be drawn between these two scenarios which illustrates that *Terry, supra*, is not at all determinative of the present appeal. Jurisdictional competence under international law to apply the *Charter* to the actions of Canadian law enforcement authorities gathering evidence abroad rests in this instance not on the principle of territoriality, but of nationality. Whereas in the present case the interrogation was conducted by the Vancouver police, the evidence in *Terry* was gathered by the U.S. authorities who were subject to U.S. jurisdiction on the basis of

en question se déroule: voir Williams et Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), à la p. 320. [Nous soulignons.]

Ainsi, bien que le par. 32(1) n’ait pas été mentionné dans cette affaire, le juge McLachlin paraît accepter implicitement que l’acte reproché ne rentrait pas dans le champ d’application de la *Charte* (par. 32(1)); elle reconnaît aussi explicitement que l’application de la *Charte* dans les circonstances produirait un effet extraterritorial inacceptable.

Le juge McLachlin a conclu, au par. 27, que «[m]ême [si les policiers américains] pouvaient de quelque façon être qualifiés de “mandataires” de la police canadienne, dans la mesure où ils agissaient en Californie, ils étaient assujettis aux lois de la Californie. Compte tenu de cette conclusion, il n’est pas nécessaire de déterminer si les policiers californiens agissaient comme mandataires de la police canadienne». L’intimée soutient que cette conclusion indique clairement que la *Charte* n’est pas applicable aux activités exercées en vue de recueillir des éléments de preuve à l’étranger, peu importe que ces activités soient le fait de fonctionnaires étrangers agissant pour leur propre compte ou à la demande des autorités canadiennes, ou celui des Canadiens eux-mêmes.

Nous ne pouvons accepter cette proposition. L’intimée présume à tort qu’il n’y a aucune distinction entre l’application de la *Charte* à des fonctionnaires américains agissant comme mandataires ou à la demande des autorités policières canadiennes, et l’application de la *Charte* aux autorités canadiennes elles-mêmes. En fait, une distinction fondamentale peut être établie entre ces deux scénarios, distinction qui démontre que l’arrêt *Terry*, précité, n’est pas du tout décisif pour la solution du présent pourvoi. En droit international, la compétence pour appliquer la *Charte* aux actes des autorités policières canadiennes destinés à recueillir des éléments de preuve à l’étranger repose, dans la présente affaire, non pas sur le principe de la territorialité, mais sur celui de la nationalité. En l’espèce, l’interrogatoire a été mené par la police de Vancouver, alors que dans l’affaire *Terry* les élé-

40

41

territoriality. Unlike the Vancouver police, the U.S. authorities in *Terry* could not be subjected to an extraterritorial assertion of Canadian jurisdiction on the basis of nationality.

ments de preuve avaient été recueillis par les autorités américaines qui étaient soumises à la compétence américaine sur la base de la territorialité. Contrairement à la police de Vancouver, les autorités américaines dans l'affaire *Terry* ne pouvaient pas faire l'objet d'une affirmation extraterritoriale de compétence par le Canada sur la base de la nationalité.

42

The terms “nationality” and “citizenship” are often used as if they are synonymous, but the principle of nationality is much broader in scope than the legal status of citizenship. While a national may be a citizen of a state, nationality also refers to a person who does not possess the full political and civil rights of citizenship, but has nonetheless “a right to the protection of the state and in turn owes allegiance to it” (see Sharon A. Williams and A. L. C. de Mestral, *An Introduction to International Law* (2nd ed. 1987), at p. 290). International law permits each state to determine the rules relating to the acquisition of its nationality, provided that the domestic law is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognized with regard to nationality (*International Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (Hague Convention on Conflict of Nationality Laws), Can. T.S. 1937 No. 7, art. 1). The entry into state service is a criterion which is recognized under international law as sufficient to confer nationality (Albrecht Randelzhofer, “Nationality”, in *Encyclopedia of Public International Law* (1985), vol. 8, at p. 418. See also Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* (2nd ed. 1979), at p. 96, citing L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* (8th ed. 1955), vol. 1, H. Lauterpacht, ed., at p. 656.) Law enforcement officers acting in their official capacity are state representatives who are authorized to give effect to coercive state power, in some instances at great personal risk. As a result, they undeniably owe allegiance to the state, and may expect a corresponding right to protection. On this basis, the two Vancouver detectives in this instance can be considered Canadian nationals, thereby justifying an extraterritorial assertion of jurisdiction.

Les termes «nationalité» et «citoyenneté» sont souvent employés comme synonymes mais le principe de la nationalité a une portée beaucoup plus large que la citoyenneté. Si le national peut être un citoyen de l'État, ce mot peut aussi désigner une personne qui ne possède pas la plénitude des droits politiques et civiques attribués au citoyen, mais a néanmoins [TRADUCTION] «droit à la protection de l'État auquel, en retour, elle doit allégeance» (voir Sharon A. Williams et A. L. C. de Mestral, *An Introduction to International Law* (2^e éd. 1987), à la p. 290). Le droit international autorise chaque État à déterminer les règles relatives à l'acquisition de la nationalité mais la loi nationale doit être en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnu en matière de nationalité (*Convention internationale concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité*, signée à La Haye, R. T. Can. 1937 n^o 7, art. 1). Le fait d'entrer au service de l'État est un critère jugé suffisant pour conférer la nationalité en droit international (Albrecht Randelzhofer, «Nationality», dans *Encyclopedia of Public International Law* (1985), vol. 8, à la p. 418. Voir aussi Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* (2^e éd. 1979), à la p. 96, citant L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* (8^e éd. 1955), vol. 1, H. Lauterpacht, dir., à la p. 656.) Les policiers agissant en leur qualité officielle sont des représentants de l'État autorisés à exercer les pouvoirs coercitifs de l'État, ce qui les expose parfois à de grands périls. Il en résulte qu'ils sont indéniablement soumis à l'État et peuvent, en contrepartie, se réclamer de sa protection. Compte tenu des considérations qui précèdent, les deux détectives de Vancouver en l'espèce peuvent être considérés comme des nationaux canadiens, ce qui justifie une affirmation extraterritoriale de compétence.

To require that Canadian law enforcement authorities comply with *Charter* standards abroad may not, depending on the circumstances, interfere with the foreign state's sovereign jurisdiction and integrity. However, as explained by McLachlin J. in *Terry*, even where the foreign officers can be described as the agents of Canadian authorities, to require that they adhere to Canadian *Charter* standards would interfere with foreign persons and the exercise of foreign jurisdiction. An objectionable extraterritorial effect would result if the *Charter* were applied to the actions of the foreign officers.

In our view, *Harrer* and *Terry* do not stand as authorities for the proposition that the *Charter* is absolutely restricted in its application to Canadian territory. Rather, the guiding principles to be gleaned from these cases are that: (1) the *Charter* cannot apply to actions which fall beyond the purview of s. 32(1); and (2) the *Charter* cannot be applied extraterritorially to govern the conduct of criminal proceedings by foreign authorities in another state since to do so would violate the principle of state sovereignty.

Chief Justice Lamer described the effect of the holdings in *Harrer* and *Terry* in a similar fashion in his reasons in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 15:

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.

Obliger les autorités policières canadiennes à respecter à l'étranger les normes imposées par la *Charte* peut, suivant les circonstances, ne pas porter atteinte à la compétence souveraine et à l'intégrité de l'État étranger. Toutefois, comme l'a expliqué le juge McLachlin dans l'arrêt *Terry*, même lorsque les agents étrangers peuvent être qualifiés de mandataires des autorités canadiennes, les obliger à respecter les normes canadiennes imposées par la *Charte* serait une ingérence dans l'activité d'étrangers et dans l'exercice de la compétence étrangère. Il s'ensuivrait un effet extraterritorial inacceptable si la *Charte* était appliquée aux actes des policiers étrangers.

À notre avis, les arrêts *Harrer* et *Terry* ne permettent pas d'affirmer que le champ d'application de la *Charte* est absolument limité au territoire canadien. Ils établissent plutôt les principes directeurs suivants: premièrement, la *Charte* ne peut pas s'appliquer aux actes qui ne sont pas visés par le par. 32(1); deuxièmement, la *Charte* ne peut pas être appliquée à l'extérieur du territoire national pour régir les poursuites pénales menées par des autorités étrangères dans un autre État, puisque cela serait violer le principe de la souveraineté des États.

Le juge en chef Lamer a décrit l'effet des arrêts *Harrer* et *Terry* en des termes semblables dans les motifs qu'il a prononcés dans *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, au par. 15:

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.

43

44

45

46

In our view, the reasoning adopted in both *Harrer* and *Terry* can accommodate a finding that on the jurisdictional basis of nationality, the *Charter* applies to the actions of Canadian law enforcement authorities on foreign territory (which satisfies s. 32(1)), provided that the application of *Charter* standards would not interfere with the sovereign authority of the foreign state. The Chief Justice acknowledged that this was so in *Schreiber*, at para. 16:

[Canadian] 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. [Emphasis added.]

47

Similarly, L’Heureux-Dubé J., with whom McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. agreed, observed in *Schreiber*, at para. 27, that: “[b]y 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. . . . 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”. Citing *Terry*, L’Heureux-Dubé J. agreed (at para. 31) that the actions of the Swiss authorities in conducting a search and seizure in Switzerland were not subject to *Charter* scrutiny. However, L’Heureux-Dubé J. clearly suggested at para. 32 that the *Charter* would have applied if the search and seizure had been conducted by Canadian authorities on foreign territory

[t]herefore, 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

À notre avis, le raisonnement suivi dans *Harrer* et dans *Terry* permet, sur la base de la compétence fondée sur la nationalité, de conclure que la *Charte* s’applique aux actes accomplis par les autorités policières canadiennes à l’étranger (ce qui est conforme au par. 32(1)), à la condition que l’application des normes consacrées par la *Charte* ne porte pas atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger. Le Juge en chef reconnaît ce principe dans l’arrêt *Schreiber*, au par. 16:

[Les agents canadiens] 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. [Nous soulignons.]

De même, le juge L’Heureux Dubé, avec l’appui des juges McLachlin, Bastarache et Binnie, fait observer dans l’arrêt *Schreiber*, au par. 27, que «[p]ar 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. [. . .] 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». Citant l’arrêt *Terry*, le juge L’Heureux-Dubé convient, au par. 31, que les actes des autorités suisses, qui ont procédé à une perquisition et à une saisie en Suisse, ne sont pas susceptibles d’examen en vertu de la *Charte*. Toutefois, le juge L’Heureux-Dubé donne clairement à entendre, au par. 32, que la *Charte* se serait appliquée si la fouille, la perquisition et la saisie avaient été effectuées par les autorités canadiennes à l’étranger:

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

requested that a search and seizure be undertaken. [Emphasis in original.]

She makes the same acknowledgement at para. 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 . . ." (emphasis added).

In short, the principles at work in *Harrer* and *Terry*, and which were acknowledged in *Schreiber*, lead to the conclusion that the *Charter* applies on foreign territory in circumstances where the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of the state law enforcement authorities engaged in governmental action, and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state.

(2) Application to the Facts

In accordance with the principles discussed above, we conclude that the *Charter* applies to the actions of the Vancouver detectives in New Orleans in the present case. First, both the appellant's arrest and detention and subsequent interrogation were actions initiated and carried out by Canadian law enforcement officials. The arrest warrant had been granted in response to an extradition request made by Canada. The interrogation was conducted by Canadian detectives, as opposed to foreign officials, in accordance with their powers of investigation as derived from Canadian law. Thus, the impugned action falls within the purview of s. 32(1) of the *Charter* and the first criterion is satisfied.

Second, in the particular circumstances of this case, the application of the *Charter* on the jurisdictional basis of nationality to the actions of the Canadian detectives abroad does not result in an interference with the territorial jurisdiction of the foreign state. In reaching this conclusion, we are relying in particular on the following factual elements: although the physical arrest was executed

qu'il soit procédé à une fouille, perquisition ou saisie. [Souligné dans l'original.]

Elle réaffirme ce principe au par. 34: «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 . . .» (nous soulignons).

Bref, les principes établis dans les arrêts *Harrer* et *Terry*, reconnus dans l'arrêt *Schreiber*, nous amènent à conclure que la *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger.

(2) Application aux faits

Conformément aux principes énoncés précédemment, nous concluons que la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver à La Nouvelle-Orléans dans le cas qui nous occupe. Premièrement, l'arrestation et la détention de l'appelant et son interrogatoire subséquent étaient des actes accomplis par des policiers canadiens, ou à leur initiative. Le mandat d'arrestation faisait suite à une demande d'extradition présentée par le Canada. L'interrogatoire a été mené par des policiers canadiens, et non par des agents étrangers, en conformité avec les pouvoirs d'enquête que leur confèrent les lois canadiennes. Par conséquent, l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte*. La première condition est donc remplie.

Deuxièmement, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens à l'étranger, en raison de la nationalité de ces derniers, n'entraîne pas d'ingérence dans l'exercice de la compétence territoriale de l'État étranger. Pour en arriver à cette conclusion, nous nous appuyons en particulier sur les éléments de fait suivants: quoique l'arrestation

48

49

50

by a U.S. official pursuant to U.S. law, the arrest and the interrogation were initiated by a Canadian extradition request and related exclusively to an offence committed in Canada and to be prosecuted in Canada; the trial judge concluded at para. 15 that the United States Marshal “took great care not to become involved in the Vancouver investigation and impair it in any way [and that h]e had no intention of questioning the accused or advising him in any way”; and the interview was conducted solely by Canadian officers deriving their investigatory powers from Canadian legislation. In these circumstances, Canadian criminal law standards are not being imposed on foreign officials. Further, the application of the *Charter* in the circumstances to the simple questioning of the appellant by Canadian authorities does not implicate or interfere with any criminal procedures engaged by or involving U.S. authorities.

51 In essence, the principle of state sovereignty is not violated by the application of the *Charter* to the taking of the appellant’s statement by Canadian authorities in the United States. In this context, it is reasonable to expect the Canadian officers to comply with *Charter* standards. Furthermore, it is reasonable to permit the appellant, who is being made to adhere to Canadian criminal law and procedure, to claim Canadian constitutional rights relating to the interview conducted by the Canadian detectives in New Orleans.

52 The Attorney General of Canada intervened in these proceedings, in part, to warn the Court about the possible consequences of applying the *Charter* to the actions of Canadian authorities on foreign territory. The intervener first submits that the application of the *Charter* in this case will ultimately confer on every person in the world, who is in some respect implicated in the exercise of Canadian governmental authority abroad, those Canadian *Charter* rights which are attributed to “every-

ait matériellement été effectuée par un policier américain conformément au droit américain, l’arrestation et l’interrogatoire ont été menés à la suite d’une demande d’extradition par le Canada et concernaient exclusivement une infraction commise au Canada et devant être poursuivie au Canada; le juge du procès a conclu, au par. 15, que le policier américain [TRADUCTION] «avait bien pris soin de rester à l’écart de l’enquête de Vancouver et de ne gêner celle-ci d’aucune manière [et qu’il] n’avait pas l’intention d’interroger l’accusé ni de lui donner quelque conseil que ce soit»; l’interrogatoire a été mené entièrement par les agents canadiens, qui exerçaient les pouvoirs d’enquête que leur confèrent les lois canadiennes. Vu ces circonstances, les normes du droit pénal canadien n’ont pas été imposées à des fonctionnaires étrangers. De plus, l’application de la *Charte*, dans les circonstances, au simple interrogatoire de l’appellant par les autorités canadiennes ne touche pas des poursuites pénales exercées par les autorités américaines ou auxquelles elles sont parties, ni ne constitue une ingérence dans celles-ci.

Essentiellement, le principe de la souveraineté des États n’est pas transgressé par l’application de la *Charte* à l’enregistrement de la déclaration de l’appellant par les autorités canadiennes aux États-Unis. Dans ce contexte, il est raisonnable de s’attendre à ce que les policiers canadiens respectent les normes consacrées par la *Charte*. En outre, il est raisonnable de permettre à l’appellant, qui est tenu de se conformer au droit pénal et à la procédure pénale canadiens, de se réclamer des droits constitutionnels canadiens relativement à l’interrogatoire conduit par les détectives canadiens à La Nouvelle-Orléans.

Le procureur général du Canada est intervenu dans ce pourvoi, en partie, pour mettre la Cour en garde contre les conséquences possibles de l’application de la *Charte* aux actes des autorités canadiennes à l’étranger. L’intervenant affirme tout d’abord que l’application de la *Charte* dans le cas présent confèrera en définitive à quiconque est l’objet d’une façon ou d’une autre de l’exercice de l’autorité des gouvernements canadiens à l’étranger, les droits garantis à «chacun» par la *Charte*

one” (ss. 2 (fundamental freedoms); 7 (life, liberty and security of the person); 8 (search or seizure); 9 (detention or imprisonment); 10 (rights upon arrest or detention); and 12 (treatment or punishment)). The intervener further submits that extending the *Charter* to the actions of Canadian police officers when they travel abroad on a criminal investigation will seriously impair Canada’s ability to conduct or participate in international criminal investigations.

We are not persuaded by the intervener’s submissions. We caution that the holding in this case marks an exception to the general rule in public international law discussed above that a state cannot enforce its laws beyond its territory. The exception arises on the basis of very particular facts before us. Specifically, the impugned actions were undertaken by Canadian governmental authorities in connection with the investigation of a murder committed in Canada for a process to be undertaken in Canada. The appellant, the rights claimant herein, was being compulsorily brought before the Canadian justice system. This situation is far different from the myriad of circumstances in which persons outside Canada are trying to claim the benefits of the *Charter simpliciter*.

The application of the *Charter* in this case does not violate the principle of state sovereignty by imposing Canadian criminal law standards on foreign officials and procedures. Our conclusion that the *Charter* applies in the present case must be understood within this narrow context, i.e., where no conflict occurs in the concurrent exercise of jurisdiction by Canada on the basis of nationality and by a foreign state on the basis of territoriality. It may well be a different case where, for example, Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures. As McLachlin J. observed in *Terry*, *supra*, at para. 19 “any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken” (emphasis added). However, such facts are not

canadienne (art. 2, libertés fondamentales); (art. 7, vie, liberté et sécurité); (art. 8, fouilles, perquisitions ou saisies); (art. 9, détention ou emprisonnement); (art. 10, arrestation ou détention); (art. 12, traitements ou peines). L’intervenant soutient aussi que l’élargissement du champ d’application de la *Charte* aux actes des policiers canadiens qui se déplacent à l’étranger pour une enquête criminelle nuira grandement à la capacité du Canada d’effectuer des enquêtes criminelles internationales ou d’y prendre part.

Les arguments avancés par l’intervenant ne nous ont pas convaincus. Nous tenons à bien préciser que le présent jugement fait exception à la règle générale de droit international public exposée précédemment selon laquelle un État ne peut pas appliquer ses lois au-delà de ses frontières. Cette exception se rattache aux faits particuliers de l’espèce. Plus précisément, les actes reprochés ont été accomplis par les autorités gouvernementales canadiennes relativement à une enquête sur un meurtre perpétré au Canada en vue de poursuites au Canada. L’appelant, qui invoque les droits en cause, était en voie d’être livré à la justice canadienne. Cette situation diffère considérablement de la myriade de cas où des personnes à l’étranger se réclament des garanties de la *Charte simpliciter*.

L’application de la *Charte* dans la présente espèce ne viole pas le principe de la souveraineté des États en imposant les normes du droit pénal canadien à des procédures et à des fonctionnaires étrangers. Notre conclusion que la *Charte* s’applique dans le cas présent doit être comprise dans ce contexte limité, c’est-à-dire dans les cas où il n’existe pas de conflit entre l’exercice concurrent de la compétence fondée sur la nationalité par le Canada et de la compétence fondée sur la territorialité par un État étranger. Il se peut bien qu’un cas différent se présente où, par exemple, les autorités canadiennes participent, à l’étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères. Comme l’a fait observer le juge McLachlin dans l’arrêt *Terry*, précité, au par. 19, «toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du

before the Court in this case and remain to be resolved another day.

(3) Was the Charter Breached?

55 The trial judge held that the Vancouver detectives obtained the appellant's statement as a result of a breach of the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter*. The Court of Appeal agreed with the trial judge's statement s. 10(b) ruling. The respondent did not dispute that, if the *Charter* applied to the taking of the appellant's statement in the United States, s. 10(b) was violated in the circumstances.

56 The instructions given by the police regarding the appellant's right to counsel were confusing, misleading, and breached his rights guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. The trial judge's findings in this regard are significant. He found that the violation of the appellant's rights, while not as "flagrant" as some others, was serious and apparently deliberate. In his view, at para. 27, the information given to the appellant regarding his right to counsel was misleading to the extent that it "deprived the accused of the opportunity to make an informed choice about talking to the police without obtaining legal advice". The trial judge found that the appellant was prevented from making a considered choice regarding legal assistance and that this was the very effect the police officer intended. The trial judge also referred to the "apparently deliberate" failure to tell the appellant that his statement could be used in evidence as an exacerbating factor.

57 In our view, the breach was indeed very serious if not flagrant. Let us again consider the evidence. The appellant had been arrested by a United States Federal Marshal, who read the appellant his "*Miranda*" rights from a card. He was then taken before a Federal Magistrate who asked him if he wanted counsel appointed for him. The appellant replied that he did and the Magistrate told him a

pays où l'activité en question se déroule» (nous soulignons). Toutefois, notre Cour n'a pas à statuer sur de tels faits en l'espèce et il convient de reporter à une autre occasion le règlement de ce point.

(3) Y a-t-il eu violation de la Charte?

Le juge du procès a décidé que les détectives de Vancouver avaient obtenu la déclaration de l'appellant par suite de la violation des droits garantis à ce dernier par l'al. 10b) de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé son jugement là-dessus. L'intimée n'a pas contesté l'assertion que, si la *Charte* s'appliquait à l'enregistrement de la déclaration de l'appellant aux États-Unis, l'al. 10b) a été violé dans les circonstances.

Les instructions données par les policiers au sujet du droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat étaient embrouillées, trompeuses, et ont porté atteinte à ses droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte*. Les conclusions du juge du procès sur ce point sont significatives. Il a estimé que la violation des droits de l'appellant, encore qu'elle n'ait pas été aussi «flagrante» que d'autres, était grave et apparemment délibérée. D'après lui, les renseignements donnés à l'appellant sur son droit à l'assistance d'un avocat étaient trompeurs au point de [TRADUCTION] «priver l'appellant de la possibilité de faire un choix éclairé quant à la décision de parler aux policiers sans consulter un avocat» (par. 27). Le juge du procès a conclu que l'appellant a été empêché de faire un choix réfléchi quant à la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat et que c'était précisément le résultat que le policier recherchait. Le juge du procès a également estimé que l'omission «apparemment délibérée» d'informer l'appellant que sa déclaration pourrait être utilisée en preuve constituait un facteur aggravant.

À notre avis, la violation était de fait très grave, sinon flagrante. Voyons la preuve à nouveau. L'appellant a été arrêté par un policier fédéral américain, qui lui a lu la mise en garde de l'arrêt «*Miranda*» portée sur un carton. Il a alors été amené devant un magistrat fédéral qui lui a demandé s'il voulait qu'un avocat soit désigné pour le représenter. L'appellant a dit oui et le

court-appointed lawyer would contact him. However, the appellant did not at any time speak to a lawyer over the following days. Two days later, when Detectives Aitken and MacDonald arrived from Vancouver, they made no inquiries as to whether the appellant had requested or obtained legal counsel. They conducted an interview with the appellant which lasted approximately 100 minutes. During the initial part of the interview, no warning was given regarding the right to counsel or the fact that the appellant was not required to speak to the detectives. At no time was the appellant warned that what he said could be used in evidence.

Approximately 20 minutes into the interview, the following exchange took place:

A[itken]: There's a couple of things that I've got to tell you. First you've got the right to retain and instruct counsel without delay. And that means basically, and I realize that probably means nothing, but basically what it means is you can talk to somebody, get advice. You can talk to a lawyer, most people think that means you can talk to a lawyer but counsel can be anybody. Uh, you being a Muslim maybe you want to be counselled or uh, converse and get some advice from uh, I don't know if you'd call it an elder in your group or, you understand where I'm coming from anyways. Someone who you respect in your religion, or your mom, or somebody down there you're staying with, or your friend uh, Quinlon. Was that his name?

A[itken]: Terrance. Somebody like that. That's what that means. And at that point you can make sort of a, a logical decision as to where you want to go with this. Okay? Do you understand what all that means?

[Appellant]: Yes sir.

A[itken]: Uh, and secondly, you realize you don't have to talk to us. And, and again I realize you probably got about a thousand questions and we'll do our best to uh, answer and explain where we're coming from which is why we're here.

magistrat lui a dit qu'un avocat commis d'office entrerait en contact avec lui. Toutefois, l'appellant n'a parlé à aucun avocat durant les jours suivants. Deux jours plus tard, quand les détectives Aitken et MacDonald sont arrivés de Vancouver, ils n'ont pas vérifié si l'appellant avait demandé à consulter ou avait consulté un avocat. Ils ont procédé à un interrogatoire qui a duré environ 100 minutes. Durant la première partie de l'interrogatoire, l'appellant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ni de son droit de ne pas répondre aux questions des détectives. À aucun moment, on ne lui a dit que ce qu'il allait dire pourrait servir de preuve.

Environ 20 minutes après le début de l'interrogatoire, les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

A[itken]: J'ai deux choses à vous dire. Premièrement, vous avez le droit de recourir à l'assistance d'un avocat et de le consulter sans délai. Cela veut dire essentiellement, et je sais bien que cela ne veut probablement rien dire, mais essentiellement ce que cela veut dire c'est que vous pouvez parler à quelqu'un, lui demander conseil. Vous pouvez parler à un avocat, la plupart des gens pensent que cela veut dire que vous pouvez parler à un avocat mais un avocat ça peut être n'importe qui. Euh!, comme vous êtes musulman, vous voudrez peut-être consulter ou euh! parler à euh!, je ne sais pas si c'est le bon mot, un ancien de votre groupe ou, vous comprenez ce que je veux dire de toute façon. Quelqu'un de votre confession que vous respectez, ou votre mère, ou quelqu'un là-bas, chez qui vous êtes, ou votre ami euh! Quinlon. Comment s'appelait-il?

A[itken]: Terrance. Quelqu'un comme ça. C'est ce que ça veut dire. Et alors vous pourrez prendre de la sorte une décision logique sur ce que vous voulez faire ensuite. O.K.? Comprenez-vous ce que tout ça veut dire?

[Appellant]: Oui, monsieur.

A[itken]: Euh! deuxièmement, vous savez que vous n'êtes pas obligé de nous parler. Et encore une fois, je sais bien que vous avez probablement à peu près un millier de questions à nous poser, et nous allons faire ce que nous pouvons pour, euh! y répondre et expliquer ce que nous venons faire ici, c'est-à-dire pourquoi nous sommes ici.

[Appellant]: Yes sir.

A[itken]: You're in charge here, okay. That's your decision.

[Appellant]: Yes sir.

A[itken]: Like I say, we're going to be square with you, we're going to be straight with you, um, and there's a, if you want to talk to a lawyer and you can't afford a lawyer, we can get in touch with um, the B.C. British Columbia, Vancouver, Legal Aid Society, who can arrange duty counsel to give you advice as to how to obtain a lawyer now for free. Okay. You understand that. So you have that option, if you don't, like I say if at some point you become uncomfortable with what's going on here, say sorry boys that's it, I'm out of here. You can go use a telephone, you can just go right back and climb into bed. That's up to you. Like I say, you're in charge here. Okay?

[Appellant]: Yes sir.

A[itken]: Do you understand all that?

[Appellant]: Yes sir. [Emphasis added.]

59

Although the detectives mentioned the availability of legal aid, they did not provide the appellant with a telephone number or any information as to how he could contact a legal aid lawyer. A detainee is entitled to receive this information as part of his rights under s. 10(b) (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310). Most importantly, the explanation given regarding the right to counsel was confusing to the extent that it deprived the appellant of the opportunity to make a decision whether to obtain legal advice. To tell the appellant that he could exercise his right to counsel by talking to a religious elder, his mother or a friend must have misled him as to the nature of his rights.

60

In the course of their investigations, police have on occasion been required to lie. In many circumstances this may not only have been appropriate but also necessary and clearly an acceptable procedure. However for police to lie or mislead individuals with regard to their *Charter* rights is fundamentally unfair and demeaning of those *Charter*

[Appellant]: Oui, monsieur.

A[itken]: C'est vous qui commandez, O.K. C'est vous qui décidez.

[Appellant]: Oui, monsieur.

A[itken]: Comme je le disais, nous allons être honnêtes avec vous, nous allons être francs, hm [. . .], et puis il y a, si vous voulez parler à un avocat et que vous n'en avez pas les moyens, nous pouvons vous mettre en contact avec hm [. . .], l'Aide juridique de la Colombie-Britannique, à Vancouver, qui peut s'arranger avec un avocat de service qui va vous conseiller sur la façon de recourir à un avocat maintenant et gratuitement. O.K. Vous comprenez cela. Alors vous avez le choix, si vous n'aimez pas, disons si à un moment donné, vous êtes inquiet au sujet de ce qui se passe ici, dites: désolé, les gars, ça suffit. Je m'en vais. Vous pouvez aller téléphoner, vous pouvez simplement vous en retourner vous coucher. C'est à vous de décider. Comme je le disais, c'est vous qui commandez. O.K.?

[Appellant]: Oui, monsieur.

A[itken]: Comprenez-vous tout cela?

[Appellant]: Oui, monsieur. [Nous soulignons.]

Quoique les détectives aient mentionné la possibilité de recourir à l'aide juridique, ils n'ont pas fourni à l'appellant de numéro de téléphone ni aucun renseignement sur la façon de communiquer avec un avocat de l'aide juridique. Toute personne détenue a le droit d'obtenir cette information en vertu de l'al. 10b) (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310). Plus important encore, l'explication donnée au sujet du droit à l'assistance d'un avocat était embrouillée au point de priver l'appellant de la possibilité de décider d'y recourir ou non. Dire à l'appellant qu'il pouvait exercer son droit à l'assistance d'un avocat en parlant à un ancien de sa confession, à sa mère ou à un ami a dû l'induire en erreur sur la nature de ses droits.

Au cours d'une enquête, les policiers doivent parfois mentir. Dans bien des situations, cela peut non seulement être convenable mais également nécessaire et c'est de toute évidence tout à fait acceptable. Toutefois, il est fondamentalement inéquitable et dérogoratoire aux droits garantis par la *Charte* de mentir à des individus ou de les tromper

rights. Indeed to countenance it would bring the administration of justice into disrepute.

It must be emphasized that this very serious breach came at a time when the appellant was most vulnerable. He was in prison and had been denied the opportunity to seek and obtain legal advice. The significance of the vulnerability of a person in the appellant's position was recognized in *Bartle*. There Lamer C.J. wrote, at p. 191:

This opportunity [to be informed of one's rights and obtain advice] is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in immediate need of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper*. Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice "without delay" and upon request. As this Court suggested in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, the right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process. [Emphasis in original.]

As well, it is noteworthy that while the appellant's *Miranda* rights under American law were read to him, those rights were not respected since he was not provided with the counsel he requested. Therefore there was not only a breach of the *Charter*, but arguably also of the appellant's rights under the American Constitution. The Canadian authorities, upon arriving in New Orleans, made no inquiries as to whether the appellant had exercised or attempted to exercise his right to counsel.

In light of the foregoing discussion, we conclude that the *Charter* applied to and was breached by the actions of the Canadian detectives in interrogating and obtaining a statement from the appellant in the United States in connection with the murder of the cab driver in Vancouver.

sur leurs droits constitutionnels. De fait, approuver une telle conduite déconsidérerait l'administration de la justice.

Il faut souligner que cette atteinte très grave s'est produite au moment où l'appelant était le plus vulnérable. Il était détenu et avait été privé de la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat. L'importance de la vulnérabilité d'une personne en pareil cas a été reconnue dans l'arrêt *Bartle*. Le juge en chef Lamer écrit, à la p. 191:

Cette possibilité [d'être informée de ses droits et d'obtenir des conseils] lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, elle est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne «détenue» au sens de l'art. 10 de la *Charte* a immédiatement besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté: *Brydges*, à la p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper*. L'alinéa 10b) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l'assistance d'un avocat «sans délai» et sur demande. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues. [Souligné dans l'original.]

Au surplus, il convient de noter que, si on lui a lu la mise en garde de l'arrêt *Miranda* prévue en droit américain, ses droits n'ont pas été respectés pour autant car il n'a pas obtenu les services de l'avocat qu'il avait demandé. En conséquence, il y a eu dérogation non seulement à la *Charte*, mais encore, peut-on soutenir, aux droits que garantit la Constitution des États-Unis. Les autorités canadiennes n'ont pas, à leur arrivée à La Nouvelle-Orléans, vérifié si l'appelant avait exercé ou cherché à exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

L'analyse qui précède nous amène à conclure que la *Charte* s'appliquait aux actes des détectives canadiens qui ont interrogé l'appelant aux États-Unis et obtenu une déclaration relativement au meurtre du chauffeur de taxi commis à Vancouver, et qu'il y a eu transgression de la *Charte*.

61

62

63

B. Section 24(2) Analysis

64 Next it must be determined whether the evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* on the ground that its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute.

65 The trial judge concluded that the evidence should not be excluded under s. 24(2), and the Court of Appeal found no error in this conclusion. An appellate court should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has "made 'some apparent error as to the applicable principles or rules of law' or has made an unreasonable finding" (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98). In this case, the trial judge placed substantial reliance on the distinction between incriminating and exculpatory statements and the fact that the statement was to be admitted only for the purposes of impeaching the appellant's credibility on cross-examination. These factors should not have influenced the s. 24(2) analysis, and thus we must, with respect, find that the courts below were in error.

66 In *Collins*, *supra*, Lamer J., as he then was, carefully set out the factors to be considered in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The first group of factors relate to the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial; the second, to the seriousness of the breach; and the third, to the effect of exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice. The question in all cases is whether the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute, in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances (*Collins*, at pp. 282 and 288).

B. L'analyse fondée sur le par. 24(2)

Il s'agit maintenant de décider si la preuve aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge du procès a conclu que la preuve ne devait pas être exclue en application du par. 24(2) et la Cour d'appel a estimé que cette conclusion n'était pas erronée. Une cour d'appel ne doit intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a «commis une "erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables" ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable» (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, au par. 68; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98). Dans la présente espèce, le juge du procès a accordé beaucoup de poids à la distinction entre les déclarations incriminantes et les déclarations exculpatives, et au fait que la déclaration ne devait être utilisée qu'à seule fin d'attaquer la crédibilité de l'appelant dans le cadre du contre-interrogatoire. Ces facteurs n'auraient pas dû jouer dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) et nous devons donc, avec égards, conclure que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur.

Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a énoncé avec soin les facteurs qu'il convient de prendre en considération pour décider si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le premier groupe de facteurs concerne l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès; le second touche la gravité de la violation; le troisième se rapporte à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La question à se poser dans tous les cas est la suivante: l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire (*Collins*, aux pp. 282 et 288).

(1) Trial Fairness

In *Collins* it was said (at p. 284), “[i]f the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded” (emphasis in original). In *Stillman*, the importance of trial fairness was given even greater emphasis (at para. 72):

A consideration of trial fairness is of fundamental importance. If after careful consideration it is determined that the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would render a trial unfair then the evidence must be excluded without consideration of the other *Collins* factors. A fair trial for those accused of a criminal offence is a cornerstone of our Canadian democratic society. A conviction resulting from an unfair trial is contrary to our concept of justice. To uphold such a conviction would be unthinkable. It would indeed be a travesty of justice.

In *Collins* it was noted that the factors relevant to the determination as to whether the admission of the evidence would render the trial unfair include the nature of the evidence and of the violation. In cases where, “after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him”, the admission of the evidence will render the trial unfair. This must be the result because the use of such evidence “strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination” (*Collins*, at p. 284). Thus the general rule is that evidence which results from an accused’s being compelled, in violation of the *Charter*, to participate in its discovery or creation must be excluded, although this rule may be subject to “rare exceptions” (*Stillman*, at para. 73).

The reasons of the majority in *Stillman* further clarified the analysis to be undertaken in this stage of the analysis. The initial step is to classify the

(1) Équité du procès

Dans l’arrêt *Collins*, on a dit (à la p. 284) que «[s]i l’utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l’équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l’administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (souligné dans l’original). Dans l’arrêt *Stillman*, l’importance de l’équité du procès a pris encore plus de relief (au par. 72):

L’examen de l’équité du procès revêt une importance fondamentale. Si, après avoir procédé à un examen minutieux, on détermine que l’utilisation de la preuve obtenue en violation d’un droit garanti par la *Charte* rendrait le procès inéquitable, alors cette preuve doit être écartée sans égard aux autres facteurs énoncés dans l’arrêt *Collins*. L’équité du procès pour les personnes accusées d’une infraction criminelle est une pierre angulaire de la société démocratique canadienne. Une déclaration de culpabilité résultant d’un procès inéquitable est contraire à notre conception de la justice. Il serait impensable de confirmer une telle déclaration de culpabilité. En fait, ce serait une parodie de la justice.

Dans l’arrêt *Collins*, on a fait remarquer que, parmi les facteurs pertinents par rapport à la question de savoir si l’utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable, on compte la nature de la preuve et la nature de la violation. Dans les cas où, «à la suite d’une violation de la *Charte*, l’accusé est conscrit contre lui-même au moyen d’une confession ou d’autres preuves émanant de lui», l’utilisation de la preuve rendra le procès inéquitable. Il doit en être ainsi parce que l’utilisation de cette preuve «constituerait une attaque contre l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (*Collins*, à la p. 284). Par conséquent, la règle générale veut que, lorsque l’accusé est forcé, à la suite d’une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d’une preuve, celle-ci doit être écartée, bien que cette règle générale puisse souffrir de «rares exceptions» (arrêt *Stillman*, au par. 73).

Les motifs prononcés par la majorité dans l’arrêt *Stillman* ont encore clarifié l’analyse requise à cette étape. Il faut tout d’abord qualifier la preuve

67

68

69

type of evidence in question, first as conscriptive or non-conscriptive. Non-conscriptive evidence is evidence which “existed independently of the *Charter* breach in a form useable by the state” (*Stillman*, at para. 75); by contrast, evidence “will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples” (at para. 80).

70 The evidence in question in this case was the statement made by the appellant to the Vancouver detectives. It should clearly be classified as conscriptive evidence. The appellant, following the violation of his s. 10(b) rights, was compelled to incriminate himself by making a statement to the police officers. *Stillman* recognized that this is “[r]he traditional and most frequently encountered example” of conscriptive evidence (at para. 80).

71 It was argued that since the statement of the appellant contained denials of guilt, it is not a “self-incriminating statement” but rather an exculpatory one. In our view, the content of the statement does not change the characterization of the statement for the purposes of this analysis. The trial judge found that the first part of the interview was aimed at eliciting corroborating evidence that might have been helpful to the prosecution. It must be inferred from the very fact that the Crown sought to introduce the evidence at trial that the statement was “incriminating” in some sense, although it contained denials of guilt. A statement that is largely or even wholly exculpatory should still be considered “conscriptive” evidence if an accused was, like the appellant, conscripted against himself by being compelled, in breach of his *Charter* rights, to provide evidence which could later be used against him.

72 Therefore, the appellant’s statement is conscriptive evidence. This is not a case where the evi-

en cause; elle est soit une preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même, soit une preuve non obtenue de cette manière. Dans ce second cas, la preuve «existait indépendamment de la violation de la *Charte* sous une forme utilisable par l’État» (*Stillman*, au par. 75); par contraste, la preuve «est obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même lorsque l’accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s’incriminer sur l’ordre de l’État au moyen d’une déclaration, de l’utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles» (au par. 80).

La preuve en cause en l’espèce est la déclaration faite par l’appelant aux détectives de Vancouver. Il y a tout lieu de la ranger parmi les preuves obtenues par mobilisation de l’accusé contre lui-même. L’appelant, par suite de la violation de ses droits garantis par l’al. 10b), a été forcé de s’incriminer en faisant une déclaration aux policiers. Il a été reconnu dans l’arrêt *Stillman* que c’est là «[l]’exemple classique le plus courant» de preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même (au par. 80).

On a soutenu que, puisque la déclaration de l’appelant renferme des dénégations de culpabilité, ce n’est pas une déclaration «incriminante» mais bien exculpatoire. Nous estimons que le contenu de la déclaration ne change rien à la qualification de celle-ci aux fins de cette analyse. Le juge du procès a conclu que la première partie de l’interrogatoire visait à soutirer des éléments de preuve corroborants qui pourraient être utiles à l’accusation. Le simple fait que le ministère public ait cherché à présenter ces éléments au procès nous autorise à inférer que la déclaration était «incriminante» d’une certaine façon, bien qu’elle ait contenu des dénégations de culpabilité. La déclaration qui est en grande partie ou même totalement exculpatoire doit tout de même être considérée comme «obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même», si ce dernier a été, à l’instar de l’appelant, forcé, par suite d’une violation de la *Charte*, de fournir une preuve qui pourrait être ensuite utilisée contre lui.

En conséquence, la déclaration de l’appelant est une preuve obtenue par mobilisation de celui-ci

dence would have been discovered absent the unlawful conscription of the appellant (see *Stillman*, at para. 103). These factors alone would be sufficient to conclude that the evidence must be excluded under s. 24(2). This follows since the general rule is that the admission of conscriptive evidence which would not have been discovered in the absence of the conscription of the accused will render the trial unfair. This conclusion is reinforced by the seriousness of the breach which should have been sufficient in itself to warrant the exclusion of the evidence.

(2) Admission for a Limited Purpose

The trial judge in this case, in determining that the evidence need not be excluded pursuant to s. 24(2), relied on the distinction between incriminating evidence tendered by the Crown for the truth of its contents and evidence that is not self-incriminating and is used only to challenge the credibility of the accused on cross-examination. The Court of Appeal found that the trial judge did not err in this respect, and noted that the procedure followed at trial (conducting a *voir dire* as to the admissibility of the statement for the limited purpose sought by the Crown) complied with *Calder*, *supra*, which had been released subsequent to the trial.

In *Calder* the Crown attempted to have the evidence admitted for the limited purposes of cross-examination, after the trial judge had already ruled that the evidence should be excluded. It was held that the fact that the Crown now sought admission for limited purposes only was not a material change in circumstances sufficient to warrant a change in the judge's ruling. The respondent in this case argued that the *ratio* in *Calder* should be restricted to this proposition and that this should not preclude admission of evidence for a limited purpose where the Crown is not "fettered" by a prior ruling under s. 24(2).

contre lui-même. En l'occurrence, la preuve n'aurait pas été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même (voir *Stillman*, au par. 103). Ces facteurs seuls seraient suffisants pour conclure à la nécessité d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2). En effet, la règle générale veut que l'utilisation d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, qui n'aurait pas été découverte sans cette mobilisation de l'accusé, rende le procès inéquitable. Cette conclusion est renforcée par la gravité de la violation qui aurait été suffisante en elle-même pour justifier l'exclusion de la preuve.

(2) L'utilisation dans un but limité

Pour décider qu'il n'y avait pas lieu d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2) dans la présente instance, le juge du procès a invoqué la distinction entre une preuve incriminante présentée par le ministère public comme faisant preuve de la véracité des choses qui y sont énoncées et une preuve qui n'est pas auto-incriminante mais est utilisée seulement pour attaquer la crédibilité de l'accusé dans le cadre du contre-interrogatoire. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur à cet égard et a fait observer que la procédure suivie au procès (tenue d'un voir-dire relativement à l'admissibilité de la déclaration à la seule fin indiquée par le ministère public) était conforme à l'arrêt *Calder*, précité, qui a été rendu après le procès.

Dans l'affaire *Calder*, le ministère public avait tenté de faire admettre la preuve seulement pour les fins du contre-interrogatoire, après que le juge du procès eut déjà décidé d'écarter cette preuve. Notre Cour a décidé que le fait que le ministère public ait essayé par la suite de la faire admettre dans un but limité ne constituait pas un changement notable dans les circonstances, suffisant pour qu'on puisse revenir sur la décision du juge du procès. L'intimée dans le présent pourvoi a soutenu que la raison déterminante de l'arrêt *Calder* devait être restreinte à cette proposition et que cela ne devait pas empêcher l'utilisation d'une preuve dans un but limité lorsque aucune décision antérieure basée sur le par. 24(2) ne fait obstacle à la démarche du ministère public.

75

However, the decision in *Calder* also considered the broader issue. Specifically it considered whether a distinction should be drawn for the purposes of s. 24(2) where the Crown seeks to admit the evidence for the limited purpose of impeaching the accused's credibility on cross-examination. Sopinka J., writing for the majority, conceded that it might be possible for the Crown to succeed in having evidence admitted only for the purpose of cross-examination that would otherwise be excluded, and that the Crown could seek a ruling to that effect, which would be made following a *voir dire*. However, he stated at para. 35 that this might be the case only in "very limited" and "very special" circumstances.

76

It is not necessary to speculate what "special circumstances" would be required to allow the admission of evidence for a limited purpose that was not otherwise admissible. In our view those circumstances would be very rare indeed. In this case, there are no special circumstances which would justify such a finding. Rather, we find that there should be no difference, for the purposes of deciding whether to exclude the evidence under s. 24(2), between the admission of evidence generally and admission for the limited purpose of challenging the credibility of the accused. The rationale for this general rule was clearly expressed in *Calder*, at para. 34:

The effect on the repute of the administration of justice is to be assessed by reference to the standard of the reasonable, well-informed citizen who represents community values. The effect of destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination. The fact that a jury carefully instructed can apply the distinction does not mean that use for the purpose of impeachment will, in the eyes of the jury, have a less detrimental effect on the case of the accused. Moreover, in determining admissibility under s. 24(2), it is not the carefully instructed juror who is the arbiter of the effect on the administration of justice but rather the well-informed member of the community. This mythical person does not have the benefit of a care-

Toutefois, l'arrêt *Calder* a aussi porté sur la question plus générale. Plus précisément, notre Cour a examiné la question de savoir s'il convenait d'établir une distinction entre les fins visées par le par. 24(2) quand le ministère public cherche à faire admettre une preuve dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'accusé dans le cadre du contre-interrogatoire. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a concédé que le ministère public pourrait réussir à faire admettre pour les fins limitées du contre-interrogatoire une preuve qui autrement serait écartée et qu'il pourrait demander à la cour de se prononcer sur ce point, après avoir tenu un *voir-dire*. Toutefois, il a dit, au par. 35, que cela ne pourrait arriver que dans des circonstances «très limitées» et dans «certains cas exceptionnels».

Il n'est pas nécessaire de faire des conjectures sur les «cas exceptionnels» où une preuve par ailleurs non admissible serait admissible dans un but limité. À notre avis, pareils cas seraient rarissimes. En l'espèce, les circonstances n'autorisent pas une telle conclusion. Nous estimons au contraire qu'il ne doit pas y avoir de différence, pour ce qui est de décider s'il convient d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2), entre l'utilisation de celle-ci en général et son utilisation dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'accusé. La raison d'être de cette règle générale a été exposée clairement dans l'arrêt *Calder*, au par. 34:

L'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice se juge par référence à la norme du citoyen raisonnable et bien informé qui représente les valeurs de la communauté. L'anéantissement de la crédibilité du témoignage de l'accusé au moyen de déclarations tirées de lui en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer. Le fait qu'un jury qui reçoit des directives soigneusement conçues puisse faire la distinction ne signifie pas que l'utilisation afin d'attaquer la crédibilité aura, à ses yeux, un effet moins dommageable sur les moyens de défense de l'accusé. Qui plus est, pour juger si un élément de preuve est admissible en vertu du par. 24(2), ce n'est pas le juré ayant reçu des directives soigneusement conçues qui est l'arbitre de l'effet sur l'administration de la justice, mais le citoyen bien informé. Cette personne mythique n'a pas le béné-

ful instruction from the trial judge on the distinction. Not only will that person not tend to understand the distinction in theory, but, in any event, will regard the distinction as immaterial in assessing the effect on the repute of the administration of justice. If use of the statement is seen to be unfair by reason of having been obtained in breach of an accused's *Charter* rights, it is not likely to be seen to be less unfair because it was only used to destroy credibility.

As a result, we must conclude that the trial judge erred in his analysis of the applicability of s. 24(2). We prefer the analysis of the Alberta Court of Appeal in a recent case that considered the same issue: *R. v. Whitford* (1997), 115 C.C.C. (3d) 52 (Alta. C.A.). In that case, Berger J.A. found that evidence used to incriminate the accused and evidence used to impeach the accused's credibility should be treated the same for the purposes of s. 24(2). He put it in this way, at p. 62:

A court should treat incrimination evidence and impeachment evidence *in like manner* when determining unfairness of a trial under s. 24(2). . . .

I conclude that the Crown's strategic choice at trial to use the evidence only for impeachment purposes does not lessen the standard for admissibility. Acceptance of a lesser standard would encourage *Charter* breach in order to achieve tactical advantage at trial. A statement obtained in breach of the *Charter* for impeachment purposes, it would be thought, is better than no statement at all. In the case at bar, the trial focus on the credibility of the complainant and the Appellant leads me to conclude that it would be unfair to admit the evidence for purposes of cross-examination.

While the distinction between incriminating and exculpatory statements may be important for some purposes (see, e.g., *Kuldip, supra*), it is not a factor that should influence the s. 24(2) analysis. Similarly the fact that the Crown seeks to use the evidence only in cross-examination of the accused should not have persuaded the trial judge to decide in favour of admitting the evidence. A correct application of the factors set out in *Collins* and

fice des directives soigneusement formulées du juge du procès sur la distinction. Non seulement il est probable qu'elle ne comprendra pas la distinction sur le plan théorique, mais elle la considérera en tout cas comme dénuée de toute importance lorsqu'il s'agit de l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si l'utilisation de la déclaration apparaît inéquitable du fait qu'elle a été obtenue en violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé, elle n'est pas susceptible d'être considérée comme moins inéquitable pour la simple raison qu'elle vise uniquement à attaquer la crédibilité.

En conséquence, nous devons conclure que le juge du procès a commis une erreur dans son analyse de l'applicabilité du par. 24(2). Nous préférons l'analyse de la Cour d'appel de l'Alberta dans un arrêt récent portant sur la même question: *R. c. Whitford* (1997), 115 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Alb.). Dans cet arrêt, le juge Berger a estimé que la preuve utilisée pour incriminer l'accusé et la preuve utilisée pour attaquer sa crédibilité devaient être mises sur le même pied eu égard au par. 24(2). Il s'exprime en ces termes, à la p. 62:

[TRADUCTION] Le tribunal doit mettre la preuve incriminante et la preuve tendant à discréditer sur le même pied quand il s'agit de statuer sur l'équité du procès au regard du par. 24(2). . .

Je conclus que le choix stratégique de l'accusation au procès, savoir d'utiliser la preuve seulement pour attaquer la crédibilité de l'accusé, n'assouplit pas la norme d'admissibilité. Accepter une norme moins stricte encouragerait des violations de la *Charte* destinées à assurer un avantage tactique au procès. Une déclaration obtenue grâce à une violation de la *Charte* et visant à attaquer la crédibilité, penserait-on, vaut mieux qu'aucune déclaration. En l'espèce, l'accent mis au procès sur la crédibilité respective du plaignant et de l'appelant m'amène à conclure qu'il serait inéquitable d'utiliser la preuve aux fins du contre-interrogatoire.

Certes, la distinction entre les déclarations incriminantes et les déclarations exculpatrices peut être importante à certains égards (voir, par exemple, *Kuldip, précité*), mais ce n'est pas un facteur qui doit jouer dans l'analyse fondée sur le par. 24(2). De même, le fait que le ministère public cherche à utiliser la preuve seulement dans le cadre du contre-interrogatoire de l'accusé n'aurait pas dû persuader le juge du procès d'admettre la preuve.

Stillman leads inevitably to the conclusion that the evidence should be excluded under s. 24(2).

VI. Disposition

79 For the foregoing reasons, the appeal is allowed, the judgments of the British Columbia Court of Appeal and of the British Columbia Supreme Court are set aside, and a new trial is ordered.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

80 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have read the joint reasons of Justices Cory and Iacobucci in this appeal, as well as the reasons of Justice Bastarache and, with respect, I cannot agree with their reasoning or the result that they reach. In my view, different principles than those set out in either set of reasons determine when s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies outside Canada, and I do not accept the conclusion that it applies in this case. In addition, I believe that the evidence in this case was properly admitted.

81 The most important facts can be quickly summarized. The appellant, an American citizen from Louisiana, was charged with the murder of a Canadian citizen during a brief stay in Canada, after which he returned to the United States. He was extradited to Canada following his arrest by American police on a warrant issued by a U.S. magistrate. He alleges that, while he was being held in the American jail, Canadian police officers violated the rights "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right" guaranteed by s. 10(b).

Issues

82 This appeal raises several issues. First, it must be determined whether s. 10(b) of the *Charter* applies to the questioning of the appellant by

L'application correcte des facteurs énoncés dans les arrêts *Collins* et *Stillman* nous conduit inévitablement à conclure qu'il y a lieu d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2).

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est accueilli, les jugements de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sont annulés et un nouveau procès est ordonné.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs conjoints de mes collègues les juges Cory et Iacobucci, ainsi que de ceux du juge Bastarache, et, avec égards, je ne puis souscrire ni à leur raisonnement ni au résultat auquel ils parviennent. À mon avis, d'autres principes que ceux qui sont exposés dans leurs motifs respectifs déterminent la portée extraterritoriale de l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la *Charte*) et je ne peux accepter leur conclusion qu'il s'applique en l'espèce. De plus, j'estime que c'est à juste titre que la preuve a ici été admise.

Les faits les plus importants se résument brièvement. L'appelant, un citoyen américain de la Louisiane, a été inculpé du meurtre d'un citoyen canadien qu'il aurait commis au Canada où il a fait un bref séjour avant de retourner aux États-Unis. Il a été extradé au Canada après avoir été arrêté par la police américaine en exécution d'un mandat d'arrêt décerné par un magistrat américain. Il prétend que les policiers canadiens qui l'ont interrogé durant sa détention dans une prison américaine ont porté atteinte aux droits «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit», garantis par l'al. 10(b).

Les questions en litige

Ce pourvoi soulève plusieurs questions. Il s'agit en premier lieu, de savoir si l'al. 10(b) de la *Charte* s'applique à l'interrogatoire de l'appelant par la

Canadian police while he was being held in an American jail. If it does, it must be determined whether s. 10(b) was violated, and, if so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2). If s. 10(b) does not apply, it must be determined whether the evidence should nevertheless be excluded under the protection against unfair trials guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Finally, if the evidence is admissible, it must be determined whether the trial judge's instruction to the jury concerning the use that could be made of the appellant's statement was adequate.

What is at issue when considering whether s. 10(b) applies to the questioning is not whether the appellant is protected under the *Charter* against the admission of evidence obtained in a grossly improper manner. Nor is it an issue whether the conduct of the police officers will be carefully scrutinized to determine whether it caused any substantial unfairness to the appellant. Rather, the question is whether that protection will occur through the mechanism of ss. 7 and 11(d), which guarantee a fair trial in Canadian courts, or through the mechanism of s. 10(b). What must also be determined in this case, in my view, is how strictly Canadian officials must conform to the details of Canadian procedural protections, even when that may not be possible or practical because they are working within the structure of another legal system.

Principles on the Application of Section 10(b)

The first issue that arises is whether the protections of s. 10(b) of the *Charter* apply to the questioning of the appellant carried out by the Canadian detectives in the American jail. My colleagues Cory and Iacobucci JJ. argue that the question of whether *Charter* rights apply is determined first by examining whether the actions fall within the purview of s. 32(1), and then by determining whether, even if s. 32(1) applies, extraterritorial application in the circumstances of the case would mean that the *Charter* would thereby govern "criminal proceedings by foreign authorities in another state" (para. 44). The *Charter* does not apply in such cases, they argue, because this would "violate the principle of state sovereignty" (para. 44). My col-

league canadienne pendant sa détention dans une prison américaine. Dans l'affirmative, il faut déterminer s'il y a eu violation de l'al. 10b) et, si tel est le cas, si la preuve doit être exclue en vertu du par. 24(2). Si l'alinéa 10b) ne s'applique pas, la preuve doit-elle être quand même exclue en application de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* qui garantissent un procès équitable. Enfin, si la preuve est admissible, il faut déterminer si le juge du procès a donné des directives appropriées au jury au sujet de l'utilisation permise de la déclaration de l'appellant.

Lorsqu'on examine si l'al. 10b) s'applique à l'interrogatoire, la question n'est pas de savoir si l'appellant est protégé en vertu de la *Charte* contre l'admission d'une preuve obtenue de façon très irrégulière. Il ne s'agit pas non plus de savoir si la conduite des policiers sera scrupuleusement examinée pour déterminer si l'appellant en a subi une grave injustice. La question est plutôt de savoir si cette protection est fondée sur l'art. 7 et l'al. 11d), qui garantissent un procès équitable devant les tribunaux canadiens, ou sur l'al. 10b). Il faut également déterminer dans quelle mesure les fonctionnaires canadiens doivent respecter strictement les protections prévues au Canada en matière de procédure, même lorsque cela s'avère impossible ou difficilement réalisable parce qu'ils opèrent à l'intérieur d'un autre système de droit.

Principes régissant l'application de l'al. 10b)

La première question est de savoir si la protection de l'al. 10b) de la *Charte* s'étend à l'interrogatoire de l'appellant, mené par des détectives canadiens dans une prison américaine. Selon mes collègues les juges Cory et Iacobucci, pour trancher la question de l'applicabilité de la *Charte*, il faut d'abord examiner si les actes en cause sont visés par le par. 32(1) et, même dans l'affirmative, si son application extraterritoriale dans les circonstances de l'affaire peut avoir pour conséquence que la *Charte* régirait «les poursuites pénales menées par des autorités étrangères dans un autre État» (par. 44). Ils estiment que la *Charte* ne s'applique pas dans de tels cas parce que cela «violer[ait] le principe de la souveraineté des États» (par. 44).

83

84

league Bastarache J. suggests, at para. 127, that the “focus of the analysis must be the relative roles of the Canadian and foreign officials in obtaining the specific evidence which the defendant seeks to exclude. If the Canadian officials were primarily responsible for obtaining the evidence in a manner which violated the *Charter*, then the *Charter* will apply to them and to the evidence obtained by them”. In my opinion, the question of when the *Charter* applies is not properly determined by looking to the intricacies of extraterritoriality in international law, nor can ordinary principles of statutory interpretation be used to determine its sphere of application. What is at issue, instead, is the interpretation of the Constitution of Canada, the question of whether that Constitution grants rights and freedoms to people outside the country, and the application of that Constitution in a place where it is not the “supreme law” of that jurisdiction.

85

As a preliminary note I point out that my colleagues’ reasons, like the arguments of the parties, proceed on the assumption that the appellant held *Charter* rights, even though he was neither present in Canada, nor a Canadian citizen, at the time of the alleged violation of these rights. In my opinion, this analysis misses a crucial first step — a determination of whether the person claiming a *Charter* right is indeed the holder of a right under the Canadian constitution. The question of whether the claimant holds a right, in my view, must logically be determined prior to the question of whether there is state action involved that may have infringed that right.

86

For the appellant to allege that while he was in jail in Louisiana, his s. 10(b) rights were violated, he must first show that he held s. 10(b) rights under the Canadian constitution. This requires an examination of the language of the *Charter* guarantees and an interpretation of the purposes of the rights in the Canadian constitution. Certain *Charter* rights are guaranteed to citizens of Canada (ss. 3, 6, and 23). Other rights and freedoms in the *Charter* are held by “everyone” (ss. 2, 7, 8, 9, 10,

D’après mon collègue le juge Bastarache, «l’analyse doit être centrée sur le rôle relatif joué par les fonctionnaires canadiens et les fonctionnaires étrangers dans l’obtention [des éléments de preuve que le défendeur cherche à faire écarter]. Si l’obtention des éléments de preuve de façon contraire à la *Charte* est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, ces derniers ainsi que la preuve qu’ils auront recueillie seront assujettis à la *Charte*» (par. 127). À mon avis, on ne saurait statuer correctement sur l’applicabilité de la *Charte* en invoquant les complexités de l’extraterritorialité en droit international, pas plus qu’on ne saurait recourir aux principes ordinaires d’interprétation législative pour déterminer son champ d’application. Ce qui est en cause, c’est plutôt l’interprétation de la Constitution du Canada, la question de savoir si cette Constitution accorde des droits et des libertés à ceux qui sont à l’extérieur du pays et si elle s’applique là où elle n’est pas la «loi suprême».

À titre de remarque préliminaire, je souligne que les motifs de mes collègues, ainsi que les arguments avancés par les parties, sont fondés sur la présomption que l’appelant était titulaire des droits garantis par la *Charte* et ce, même s’il n’était pas au Canada ni même citoyen canadien au moment de la présumée violation de ses droits. Je suis d’avis que cette analyse omet une première étape cruciale qui consiste à examiner si la personne invoquant un droit garanti par la *Charte* est effectivement titulaire de ce droit en vertu de la Constitution canadienne. Selon moi, la logique veut qu’on se demande d’abord si l’intéressé est titulaire d’un droit avant de déterminer si un acte de l’État a pu y porter atteinte.

L’appelant ne peut prétendre qu’il y a eu atteinte aux droits que lui garantit l’al. 10b) pendant sa détention en Louisiane que s’il prouve au préalable qu’il était titulaire de ce droit en vertu de la Constitution canadienne. Il faut donc examiner le libellé des garanties de la *Charte* et interpréter les objectifs des droits consacrés par la Constitution canadienne. Certains droits prévus par la *Charte* sont reconnus aux citoyens canadiens (art. 3, 6 et 23). D’autres droits et libertés garantis par le même

12), “any person charged with an offence” (s. 11), or “every individual” (s. 15). The appellant is claiming rights under s. 10(b), which guarantees its protections to “everyone”. The term “everyone” seems quite broad. Nevertheless, interpreting it must take into account the purposes of the *Charter*. I am not convinced that passage of the *Charter* necessarily gave rights to everyone in the world, of every nationality, wherever they may be, even if certain rights contain the word “everyone”. Rather, I think that it is arguable that “everyone” was used to distinguish the rights granted to everyone on the territory of Canada from those granted only to citizens of Canada and those granted to persons charged with an offence.

It is not necessary for the purposes of this appeal to decide exactly who is included by “everyone” and other similar general statements of *Charter* rights. Since neither party put forward arguments on the question of whether the appellant was a rights holder at the time his rights were allegedly violated, and therefore the question was conceded by the Crown, I prefer not to decide this appeal on that basis. However, I wish to note that the question of whether the appellant holds rights under the *Charter* is one that should be determined prior to the question of whether there has been action by a s. 32 government that infringed that right. A complainant who cannot establish that he or she held a right under the *Charter* cannot allege the violation of that right.

I now turn to an examination of the principles of s. 32 to determine whether the action of the Canadian officers in interviewing Cook can be considered government action that triggers the application of s. 32 of the *Charter*. First, this Court’s judgment in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, must be examined. In that case, the issue was whether s. 10(b) of the *Charter* applied to the taking of a statement by U.S. Marshals on American soil in relation to a crime committed in Canada. The majority judgment decided that the *Charter*

texte ont pour titulaires «chacun» (art. 2, 7, 8, 9, 10 et 12), «tout inculpé» (art. 11) ou «tous» (art. 15). L’appelant invoque les droits prévus à l’al. 10b), qui étend sa protection à «chacun». Le terme «chacun» semble avoir un sens assez large. Cependant, son interprétation doit se faire à la lumière des objectifs de la *Charte*. Je ne suis pas convaincue que l’adoption de la *Charte* ait nécessairement conféré des droits à tous les citoyens du monde, de toutes les nationalités, peut importe où ils se trouvent, malgré l’utilisation par le législateur du mot «chacun» pour en désigner les titulaires. Je crois plutôt que l’on peut soutenir que le mot «chacun» a été utilisé pour distinguer les droits accordés à chacun sur le territoire du Canada d’avec ceux qui sont accordés seulement aux citoyens canadiens et ceux qui sont conférés aux inculpés.

Il n’est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi de décider qui exactement est visé par le mot «chacun» ou par les autres expressions générales similaires figurant dans les droits garantis par la *Charte*. Vu que les parties n’ont pas argumenté sur la question de savoir si l’appelant était titulaire de droits au moment de la présumée violation et que, par conséquent, ce point a été concédé par le ministère public, je préfère ne pas me fonder sur ce motif pour statuer sur le présent pourvoi. Cependant, je désire souligner que la question de savoir si l’appelant détient des droits en vertu de la *Charte* devrait être tranchée avant que soit abordée celle de savoir si des actes accomplis par un gouvernement mentionné à l’art. 32 ont porté atteinte à ce droit. Le plaignant qui ne peut établir qu’il est titulaire d’un droit garanti par la *Charte* ne saurait prétendre à la violation de ce droit.

J’en viens maintenant à l’examen des principes de l’art. 32 afin de déterminer si les actes des policiers canadiens qui ont interrogé Cook peuvent être considérés comme des actes gouvernementaux entraînant l’application de l’art. 32 de la *Charte*. En premier lieu, il faut examiner l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, où il s’agissait de savoir si l’al. 10b) de la *Charte* s’appliquait aux déclarations recueillies par des policiers américains en territoire américain au sujet d’un crime commis au Canada. La Cour a conclu à

87

88

does not apply to actions carried out on foreign soil by foreign government actors. It left open the question of whether *Charter* rights are triggered when foreign officials act on their own territory at the request of Canadian officials, or by the actions of Canadian officials on foreign soil.

la majorité que la *Charte* ne s'applique pas aux actes accomplis à l'étranger par des acteurs gouvernementaux étrangers. Elle n'a pas répondu à la question de savoir si les droits garantis par la *Charte* peuvent être invoqués en raison d'actes accomplis par des fonctionnaires étrangers sur leur propre territoire à la demande de fonctionnaires canadiens, ou en raison d'actes de fonctionnaires canadiens à l'étranger.

89

Many of the questions left unresolved in *Harrer, supra*, were resolved by the unanimous judgment of this Court in *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207. The judgment in *Terry* determined several points. First, McLachlin J. rejected the argument that foreign officials working at the request of the Canadian government could be considered agents of Canadian government actors for the purpose of triggering *Charter* protections. *Charter* norms cannot be imposed on foreign officers, since they constitute the legal authority in their jurisdiction, and this would compromise Canadian respect for its sovereignty. McLachlin J. also emphasized that where there is cooperation between Canadian and foreign officials on foreign soil, the *Charter* will also not apply out of the same respect for the sovereignty of the foreign jurisdiction and the legal responsibilities of the foreign officials. She noted at paras. 18-19:

Plusieurs des questions laissées sans réponse dans l'arrêt *Harrer*, précité, ont été résolues par la décision unanime de notre Cour dans *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207. Cet arrêt a réglé plusieurs points. Premièrement, le juge McLachlin a rejeté l'argument voulant que les fonctionnaires étrangers agissant à la demande du gouvernement du Canada puissent être considérés comme des mandataires des agents du gouvernement canadien afin d'entraîner l'application des protections de la *Charte*. Les normes prévues par la *Charte* ne peuvent être imposées aux policiers étrangers puisqu'ils représentent l'autorité légale dans leur pays, et ce par respect du Canada à l'égard de la souveraineté de leur pays. Madame le juge McLachlin souligne également qu'en cas de coopération entre fonctionnaires canadiens et étrangers en territoire étranger, la *Charte* ne s'applique pas non plus en vertu du même respect pour la souveraineté de l'État étranger et pour les responsabilités légales de ses fonctionnaires. Elle fait remarquer, aux par. 18 et 19:

The practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country.

La pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d'un pays applicables dans un autre.

The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state's sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken. . . . [Emphasis added.]

La décision personnelle d'un policier ou d'un organisme étranger d'aider la police canadienne ne peut diminuer l'exclusivité de la souveraineté d'un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l'ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l'activité en question se déroule . . . [Je souligne.]

This Court again examined these questions in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841. In that case, the defendant argued that s. 8 of the *Charter* required that a search warrant be issued before a request was made to Swiss authorities to search his bank account. Writing for the majority, I noted at para. 29:

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*.

I also noted at para. 32:

... 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. [Emphasis in original.]

As in *Terry, supra*, the majority judgment in *Schreiber, supra*, emphasized the importance of facilitating and allowing cooperation between Canadian and foreign officials when international investigations are underway. It also emphasized the importance of focusing on the question of whether the actor was “under the authority” of a Canadian government.

From these cases, therefore, I consider that the following two fundamental principles emerge regarding the application of the *Charter* outside the territorial boundaries of Canada where it has been established that the claimant is the holder of one of the rights or freedoms enumerated there. First, for the protections of the *Charter* to apply, the action alleged to have violated the claimant's *Charter* rights must have been carried out by one

La Cour a été appelée à se pencher de nouveau sur ces questions dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841. Dans cette affaire, le défendeur soutenait qu'en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, un mandat de perquisition ou de fouille devait être décerné avant que les autorités suisses puissent être saisies d'une demande d'examen de son compte bancaire. Prononçant les motifs de la majorité, j'ai noté ce qui suit, au par. 29:

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*.

J'ai noté également, au par. 32:

... 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. [Souligné dans l'original.]

Comme dans *Terry, précité*, le jugement majoritaire de notre Cour dans *Schreiber, précité*, a souligné l'importance de faciliter et de permettre la collaboration entre fonctionnaires canadiens et étrangers lorsque des enquêtes internationales sont en cours. Cette dernière décision a aussi mis l'accent sur l'importance de se concentrer sur la question de savoir si l'acteur «était assujéti à l'autorité» du gouvernement canadien.

J'estime que ces précédents permettent de dégager deux principes fondamentaux en ce qui concerne l'application extraterritoriale de la *Charte*, dans les cas où il est prouvé que la personne qui l'invoque est titulaire de l'un des droits ou libertés qui y sont énumérés. En premier lieu, les protections de la *Charte* ne s'appliquent que si l'acte qui est censé avoir porté atteinte aux droits que la *Charte* reconnaît au demandeur a été accompli par

of the governmental actors enumerated in s. 32. Under no circumstances can the actions of officials of another jurisdiction, acting outside Canada, be considered to violate the *Charter*. Officials of other jurisdictions will not be considered agents of Canadian authorities. This emerges from the need to respect the sovereignty and laws of countries where Canadian officials work, by not expecting foreign officials to comply with Canadian law or modify their procedures to respect Canadian law. It also follows from the recognition that different sets of procedural standards may conflict, and this could cause complication and confusion for both the accused and the investigating officers (*Terry*, *supra*, at para. 26).

l'un des acteurs gouvernementaux énumérés à l'art. 32. L'acte accompli à l'étranger par le fonctionnaire d'un autre État ne peut en aucun cas être considéré comme une violation de la Charte. Les fonctionnaires des autres États ne seront pas considérés comme des mandataires des autorités canadiennes. Ce principe a pour origine la nécessité de respecter la souveraineté et les lois des pays où les fonctionnaires canadiens opèrent et de ne pas s'attendre à ce que les fonctionnaires étrangers se conforment à la loi canadienne ou modifient leurs procédures pour s'y conformer. Cela découle aussi du fait qu'il peut y avoir conflit entre des règles de procédure différentes, ce qui pourrait être source de complication et de confusion, à la fois pour l'accusé et pour les enquêteurs (*Terry*, précité, par. 26).

92 Second, it follows from this principle, as emphasized in *Terry*, *supra*, that if there is cooperation between Canadian and foreign officials on foreign soil, the same considerations are pertinent and the *Charter* does not apply. Therefore, even if the action being challenged is attributable to a government listed in s. 32, that action will not trigger *Charter* application if it is carried out outside Canada in cooperation with another jurisdiction.

En second lieu, il résulte de ce principe, comme l'a souligné l'arrêt *Terry*, précité, que s'il y a collaboration entre fonctionnaires canadiens et étrangers, en territoire étranger, les mêmes considérations entrent en ligne de compte et la *Charte* ne s'applique pas. Il s'ensuit que, même si l'acte contesté est imputable à l'un des gouvernements visés à l'art. 32, cet acte n'entraînera pas l'application de la *Charte* s'il a été accompli à l'étranger en collaboration avec un autre État.

93 The important question in this appeal is to determine under what circumstances an investigation will be seen as cooperative. In my opinion, this must be determined by examining whether Canadian officials have legal authority in the place where the actions alleged to have infringed the *Charter* took place. This follows from the general principles regarding the application of s. 32. As La Forest J. stated in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 262: "Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual." These attributes of government are not present when officials work under the authority of a foreign government. When officials of a s. 32 government participate in an action that falls under the legal authority of a foreign government, it is not a

La question importante dans le présent pourvoi est de déterminer dans quelles circonstances une enquête pourra être considérée comme étant faite en collaboration. À mon avis, il faut, pour ce faire, se demander si les fonctionnaires canadiens possèdent une autorité légale là où les actes contestés auraient porté atteinte à la *Charte*. Cela découle des principes généraux régissant l'application de l'art. 32. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 262: «C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers.» Ces attributs du gouvernement sont absents lorsque les fonctionnaires sont placés sous l'autorité d'un gouvernement étranger. Lorsque les fonctionnaires

matter “within the authority” of Parliament or a provincial legislature, as required by s. 32. Rather, it is an action undertaken under the authority of the foreign state, and it does not constitute government action even if there is involvement of Canadian government officials. In my opinion, the *Charter* does not apply to any investigation where Canadian officials no longer have the legal attributes of “government”; this occurs whenever an investigation takes place under the sovereignty of another government.

When Canadian officials work under the sovereignty of a foreign legal system, the investigation is necessarily cooperative. Foreign officials who permit Canadians to work with them, or to work on soil that is under their government’s legal authority, are bound to follow that country’s laws, and work within the procedural requirements of that system. So are the Canadian officials who work with them. In an investigation that takes place under foreign sovereignty, it is the foreign government that has legal authority over the mechanics of the investigation. This includes, for example, the circumstances under which the accused will be provided with access to counsel, how an arrest is made, and whether the validity of the detention can be determined by way of *habeas corpus* (as guaranteed by s. 10 of the *Charter*). The principle of respect for the foreign government’s sovereignty, clearly articulated in *Terry, supra*, means not imposing Canadian standards on a joint investigation on foreign soil, since all officials must respect that country’s laws and the procedures of that country’s legal system must be followed. In addition, it must be recognized that away from Canada, where the Canadian government has no legal authority, officials may not be able to provide the protections available in Canada because of differences in the legal systems and resources available. Excluding the application of the *Charter* to cooperative investigations ensures that Canadian standards are not imposed on foreign officials because they are working with Canadians, and recognizes that when Canadian officials work on ter-

d’un gouvernement visé à l’art. 32 participent à une opération soumise à l’autorité légale d’un gouvernement étranger, il ne s’agit pas d’une affaire «relevant» du Parlement ou de la législature d’une province, comme l’exige l’art. 32. Il s’agit plutôt d’une opération effectuée sous l’autorité d’un État étranger et cela ne saurait constituer un acte de gouvernement même si des fonctionnaires d’un gouvernement canadien y participent. Je suis d’avis que la *Charte* ne s’applique à aucune enquête où les fonctionnaires canadiens n’ont plus les attributs juridiques du «gouvernement»; ce qui est le cas à chaque fois qu’une enquête est assujettie à la souveraineté d’un autre gouvernement.

Lorsque des fonctionnaires canadiens sont assujettis, dans le cadre de leur travail, à la souveraineté d’un système de droit étranger, l’enquête en est nécessairement une de collaboration. Les fonctionnaires étrangers qui permettent aux Canadiens de travailler avec eux, ou qui leur permettent d’opérer sur un territoire soumis à l’autorité légale de leur gouvernement, sont tenus de suivre les lois et les règles de procédure de leur propre pays. Il en va de même pour les fonctionnaires canadiens qui collaborent avec eux. Lorsque l’enquête est assujettie à la souveraineté d’un gouvernement étranger, c’est ce dernier qui possède l’autorité légale pour régler les détails du déroulement de l’enquête, ce qui inclus, par exemple, les conditions à l’intérieur desquelles l’accusé pourra avoir accès au service d’un avocat, les modalités de l’arrestation, ou encore si la validité de la détention peut être déterminée par voie d’*habeas corpus* (tel que le garantit l’art. 10 de la *Charte*). En vertu du principe du respect de la souveraineté de l’État étranger, clairement énoncé dans l’arrêt *Terry*, précité, les normes canadiennes ne sont pas imposées à une enquête conjointe menée à l’étranger, étant donné que tous les fonctionnaires doivent respecter les lois de ce pays et les règles de procédure du système de droit de ce pays doivent être suivies. En outre, il faut reconnaître qu’à l’extérieur du Canada, où le gouvernement du Canada n’a aucune autorité légale, les fonctionnaires concernés ne seront peut-être pas en mesure d’assurer les protections en vigueur au Canada en raison des différences entre les systèmes de droit et les différentes ressources dispo-

ritory that is under another government's sovereignty, it is local officials and local laws that constitute the legal authority in the jurisdiction where the activities take place.

95

For this reason, I cannot accept the approach of Cory and Iacobucci JJ., who argue, at para. 48, "that the *Charter* applies on foreign territory in circumstances where the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of the state law enforcement authorities engaged in governmental action, and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state". I believe that Cory and Iacobucci JJ.'s approach fails to give proper attention to the meaning of s. 32(1) itself. I believe that looking to whether Canadian officials have the attributes of "government" is a more logical and straightforward test than determining whether applying the *Charter* in a particular case would lead to objectionable effects under international law. It also focuses on the purposes of the Canadian constitution, whose interpretation is at issue. Finally, my colleagues agree that when there is a cooperative investigation undertaken in accordance with foreign legal procedures the *Charter* may not apply (see para. 54). However, they fail to see the ways in which cooperation is necessary, and foreign procedures are implicated whenever Canadians must work within another legal system.

96

Nor can I agree with my colleague Bastarache J. that the appropriate determination is to look at who was "in control" of the specific part of the cooperative investigation leading to the *Charter* breach. On territory under foreign sovereignty, the Canadian government no longer has authority, and Canadian officials, in the sense of having the coer-

nibles. En excluant l'application de la *Charte* aux enquêtes menées en collaboration, l'on garantit que les normes canadiennes ne seront pas imposées aux fonctionnaires étrangers parce qu'ils collaborent avec des Canadiens, et l'on reconnaît que lorsque des fonctionnaires canadiens agissent sur un territoire assujéti à la souveraineté d'un autre gouvernement, ce sont les fonctionnaires locaux et les lois locales qui représentent l'autorité légale dans le pays où se déploient ces activités.

C'est pourquoi je ne saurais accepter l'approche des juges Cory et Iacobucci qui estiment, au par. 48, que «la *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger». Je crois que l'approche retenue par mes collègues n'accorde pas une attention adéquate au sens même du par. 32(1). À mon avis, le test le plus logique et le plus simple est de vérifier si les fonctionnaires canadiens possèdent les attributs du «gouvernement», plutôt que de déterminer si l'application de la *Charte* dans un cas particulier est susceptible de produire des effets inacceptables au regard du droit international. Cela met aussi l'accent sur les objectifs de la Constitution canadienne, dont l'interprétation est en question. Enfin, mes collègues conviennent qu'il est possible que la *Charte* ne s'applique pas lorsqu'une enquête faite en collaboration est menée conformément aux procédures en vigueur dans le pays étranger (voir par. 54). Cependant, ils ne tiennent pas compte des diverses façons dont la collaboration est nécessaire ni du fait que les procédures du pays étranger sont impliquées chaque fois que les Canadiens doivent travailler à l'intérieur d'un autre système de droit.

Je ne peux pas non plus être d'accord avec mon collègue le juge Bastarache qu'il s'agit de déterminer qui «dirigeait» la partie de l'enquête effectuée en collaboration ayant donné lieu à la violation de la *Charte*. Le gouvernement du Canada n'a plus d'autorité sur un territoire assujéti à la souveraineté d'un État étranger et les fonctionnaires cana-

cive powers of the Canadian state behind them, are never really “controlling”. All their actions are constrained by the procedures and principles of the foreign legal system. Bastarache J. acknowledges this when he states, at para. 143, that under his test “the Canadian official may be obliged to cease taking a directing or primary role in the investigation in order to comply with the *Charter*”. This would considerably hamper cooperative investigations. First, courts will have to develop tests to define when a Canadian is in the “directing or primary role” in the investigation; it will be very difficult for Canadian officials to make this determination while working on an investigation that may require quick decisions and planning, and when they may not have complete control of events. Second, Canadians may have no choice but to take a “primary role” in a certain part of an investigation, even when they have to work under the standards and rules of a foreign jurisdiction. The approach of Bastarache J. ignores the importance of interpreting the *Charter* so that the realities of joint investigations are recognized, a consideration emphasized in *Terry*, *supra*, and *Schreiber*, *supra*.

Application to the Case at Bar

In my view, an application of the above principles to the case at bar mandates that the appellant did not benefit from the protections of s. 10(b). The Canadian police were acting under American legal sovereignty, and had no power to carry out any actions without being given permission by its legal system to do so. They had to cooperate with Americans and work under American law in order to carry out their investigations.

A review of the circumstances of this case strengthens this conclusion, since it shows the myriad ways in which cooperation was necessary here, and is necessary whenever Canadian officials work under the sovereignty of another government. American officials and the American legal system were in control of the arrest and question-

diens ne «dirigent» jamais vraiment, en ce sens qu'ils ne peuvent plus exercer les pouvoirs coercitifs de l'État canadien. Tous leurs actes sont soumis aux procédures et aux principes du système de droit étranger. Le juge Bastarache le reconnaît lorsqu'il déclare, au par. 143, que, selon son critère, «le fonctionnaire canadien peut être obligé de cesser de jouer un rôle principal ou directeur dans l'enquête afin de se conformer à la *Charte*». Cela gênerait considérablement les enquêtes menées en collaboration. Premièrement, les tribunaux devront élaborer un test pour définir les circonstances dans lesquelles un Canadien tient le «rôle principal ou directeur» dans une enquête; il sera très difficile pour les fonctionnaires canadiens de faire cette distinction alors qu'ils collaborent à une enquête susceptible d'exiger des décisions rapides et de la planification, et alors qu'ils n'auront peut-être pas la maîtrise complète des événements. Deuxièmement, il se pourrait que les Canadiens n'aient d'autre choix que de jouer un «rôle principal» dans une certaine partie d'une enquête, même lorsqu'ils doivent travailler en conformité avec les normes et les règles de l'État étranger. L'approche du juge Bastarache ne tient pas compte de l'importance d'interpréter la *Charte* de façon à reconnaître les réalités des enquêtes conjointes, ce que soulignent les arrêts *Terry* et *Schreiber*, précités.

L'application aux faits de la présente affaire

À mon avis, l'application des principes susmentionnés à la présente affaire m'oblige à conclure que l'appelant ne bénéficiait pas de la protection de l'al. 10(b). La police canadienne agissait dans le cadre de la souveraineté juridique des États-Unis et n'avait le pouvoir d'accomplir aucun acte sans en avoir obtenu la permission en vertu du système de droit américain. Elle devait coopérer avec les Américains et se soumettre au droit américain afin de mener à bien l'enquête.

L'examen des circonstances de la présente affaire renforce cette conclusion car il fait ressortir les multiples façons dans lesquelles la coopération était ici nécessaire et est nécessaire chaque fois que les fonctionnaires canadiens agissent dans le cadre de la souveraineté d'un autre gouvernement. L'arrestation et l'interrogatoire de l'appelant étaient

ing of the appellant. The arrest of the appellant was carried out by a United States Marshal, pursuant to a warrant issued by an American magistrate. He was being held in accordance with U.S. law in an American prison. American officials controlled his movements, his access to a telephone to contact counsel, and the circumstances in which he would be interviewed by the Canadians. The Canadian police had no control over his person. Canadian officials had no legal authority to order him moved, transferred, or released. They were only able to question the appellant through permission given by the American authorities. In short, the Canadian officers' actions took place within the context of the United States legal system, and it was not a matter where the Canadian state's legal powers were implicated. Section 10(b) of the *Charter* therefore did not apply to the questioning.

99

It is impossible to say, as my colleagues suggest, that the Canadians' actions were somehow independent of that system, and were analogous to an investigation in Canada. My colleagues Cory and Iacobucci JJ. believe that it is "a different case where, for example, Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures" (para. 54, emphasis added). They also note, at para. 50, that the "questioning of the appellant by Canadian authorities does not implicate or interfere with any criminal procedures engaged by or involving U.S. authorities". Bastarache J., too, suggests at para. 128 that the Canadian officials could "conduct their questioning in an entirely autonomous fashion". I disagree with this characterization of the situation, and believe that it does not take account of the complex nature of this or any other interjurisdictional investigation, or of the fact that the Canadian officers were required to work under American rules, with the resources available in the American criminal justice system, and with American officials. In my view, all these factors show why such an investigation is a cooperative one, why the officers' actions were not a matter "within the

sous le contrôle des fonctionnaires américains et du système de droit américain. L'appellant a été arrêté par un officier de police fédérale des États-Unis, en exécution d'un mandat décerné par un magistrat américain. Il était détenu conformément à la loi américaine dans une prison américaine. Ses déplacements, l'accès au téléphone pour communiquer avec un avocat et les modalités de son interrogatoire par les Canadiens étaient réglés par les fonctionnaires américains. La police canadienne n'avait aucune autorité sur sa personne. Les fonctionnaires canadiens n'étaient pas légalement habilités à ordonner son déplacement, son transfert ou sa mise en liberté. Ils pouvaient seulement l'interroger avec la permission des autorités américaines. Bref, les actes des policiers canadiens ont été effectués à l'intérieur du système juridique américain, et il ne s'agissait pas d'une situation où les pouvoirs juridiques de l'État canadien étaient impliqués. L'alinéa 10b) de la *Charte* ne s'appliquait donc pas à l'interrogatoire.

Il est impossible de dire, comme mes collègues le suggèrent, que l'activité des Canadiens était en quelque sorte indépendante de ce système et qu'elle était donc analogue à une enquête menée au Canada. Mes collègues les juges Cory et Iacobucci estiment qu'il est possible qu'«un cas différent se présente où, par exemple, les autorités canadiennes participent, à l'étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères» (par. 54, je souligne). Ils soulignent aussi, au par. 50, que l'«interrogatoire de l'appellant par les autorités canadiennes ne touche pas des poursuites pénales exercées par les autorités américaines ou auxquelles elles sont parties». Le juge Bastarache donne aussi à entendre, au par. 128, que les fonctionnaires canadiens pouvaient «mener l'interrogatoire comme bon leur semblait». Je ne suis pas d'accord avec cette façon d'interpréter la situation et je crois qu'elle méconnaît la nature complexe des enquêtes internationales comme celle qui nous occupe et le fait que les policiers canadiens devaient travailler en conformité avec les règles américaines, avec les ressources du système de justice pénale américain, et en collaboration avec des fonctionnaires américains. À mon avis, tous ces facteurs font voir pour-

authority” of a Canadian government, and why s. 32 was not triggered. Therefore, s. 10(b) does not apply.

Having concluded that the appellant was not entitled to benefit from the protections of s. 10(b), there is no need to consider whether this section was violated, or whether the evidence should be excluded under s. 24(2).

Should the Evidence Be Excluded Under ss. 7 and 11(d)?

The fact that the accused did not benefit from protections under s. 10(b) does not resolve the question of whether the evidence should be admitted. The *Charter* guarantees of a fair trial (s. 11(d)) and of respect for the principles of fundamental justice (s. 7) may apply to exclude the admission of evidence at a trial, whether or not a *Charter* right applied to the gathering of that evidence: see *Harrer, supra*, and *Terry, supra*. However, the fact that the evidence was obtained in a manner that would have violated one of the sections of the *Charter* is not determinative. As McLachlin J., concurring, stated in *Harrer, supra*, at para. 44:

A distinction must be made at the outset between unfairness in the way a statement was obtained and an unfair process or trial. The situation in which police take evidence is complex. Even where every effort is made to comply with the law, aspects of the process may, in hindsight, be argued to have been less than fair. . . . The point is simply this: unfairness in the way evidence is taken may affect the fairness of the admission of that evidence at trial, but does not necessarily do so. [Emphasis in original.]

She went on, at para. 45, to define a fair trial as follows:

At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with

quoi une telle enquête est menée en collaboration, que les actes des policiers ne sont pas une affaire «relevant» d'un gouvernement canadien et que l'application de l'art. 32 n'est pas ici en cause. Par conséquent, l'al. 10b) ne s'applique pas.

Ayant conclu que l'appelant n'avait pas droit à la protection de l'al. 10b), il n'est pas nécessaire que j'examine s'il y a eu violation de cette disposition ou si la preuve devrait être exclue en application du par. 24(2).

Faut-il exclure la preuve en application de l'art. 7 et de l'al. 11d)?

Le fait que l'accusé ne jouissait pas de la protection de l'al. 10b) ne règle pas pour autant la question de l'admissibilité de la preuve. Les dispositions de la *Charte* qui garantissent la tenue d'un procès équitable (al. 11d)) et le respect des principes de justice fondamentale (art. 7) peuvent être invoquées pour exclure l'admission de la preuve au procès, que les activités destinées à recueillir des éléments de preuve soient visées ou non par un droit garanti par la *Charte*: voir les arrêts *Harrer* et *Terry*, précités. Cependant, le fait que cet élément de preuve ait été recueilli d'une façon qui aurait porté atteinte aux dispositions de la *Charte* n'est pas déterminant. Comme Madame le juge McLachlin l'a fait observer, dans ses motifs concordants, dans l'arrêt *Harrer*, précité, au par. 44:

Il faut d'abord établir une distinction entre l'iniquité dans la manière dont une déclaration a été obtenue et un processus ou procès inéquitable. Les conditions dans lesquelles les policiers recueillent des éléments de preuve sont complexes. Même lorsque tous les efforts sont faits pour respecter la loi, il est possible de soutenir rétrospectivement que certains aspects du processus étaient loin d'être équitables. [. . .] Il reste simplement que l'iniquité dans la façon dont les éléments de preuve sont recueillis peut compromettre l'équité de l'utilisation de ces éléments de preuve au procès, sans nécessairement le faire. [Souligné dans l'original.]

Elle a ensuite défini le procès équitable comme suit, au par. 45:

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un pro-

100

101

the most advantageous trial possible from the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused.

cès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé.

102

In this case, there are several factors about the gathering of the evidence that the appellant alleges lead to the conclusion that its admission would render the trial unfair. First, although the accused was read his *Miranda* rights by Marshal Credo when he was arrested, and had requested a lawyer during a court appearance, he had not yet been provided with a lawyer when he was interviewed by the Canadian detectives. Second, the Canadian detectives interviewed the appellant for approximately 20 minutes before warning him of his right to counsel. When they did so, the trial judge found that they misled him about the nature of that right and that, though they informed him of the availability of legal aid services, they failed to provide him with a phone number to get in touch with them. It must be evaluated whether these omissions were so serious that admitting the evidence obtained during the interview would lead to an unfair trial.

En l'espèce, l'appelant soutient que plusieurs aspects de la façon dont la preuve a été recueillie permettent de conclure que son admission rendrait son procès inéquitable. Premièrement, bien que l'officier de police fédérale Credo lui ait donné lecture, au moment de son arrestation, de la mise en garde de l'arrêt *Miranda*, et que lui-même ait demandé l'assistance d'un avocat lors de sa comparution, l'appelant n'avait toujours pas bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de son interrogatoire par les détectives canadiens. Deuxièmement, ces derniers l'ont interrogé pendant une vingtaine de minutes avant de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Lorsqu'ils l'ont fait, le juge du procès en a conclu qu'ils ont induit Cook en erreur au sujet de la nature de ce droit, et que tout en l'informant de la possibilité de recourir aux services d'aide juridique, ils ne lui ont pas communiqué le numéro de téléphone pour les joindre. Il faut examiner si ces manquements étaient graves au point que l'utilisation de la déclaration recueillie lors de l'interrogatoire mènerait à un procès inéquitable.

103

The Court's decisions in *Harrer, supra*, and *Terry, supra*, emphasize that in determining whether admitting the evidence would lead to an unfair trial, all relevant circumstances must be taken into account. In my view, one of the important factors is whether it was Canadian or foreign police who were responsible for the alleged unfairness. The actions of Canadian police will be examined more strictly than those of foreign police who normally work under different standards than those expected in Canada. Canadian police should ensure, to the extent possible, that the letter and spirit of the *Charter's* protections are accorded even when, as here, the rights themselves do not directly apply. Under the analysis under ss. 7 and 11(d), it should generally be recognized that when

Les arrêts *Harrer* et *Terry*, précités, font bien ressortir que pour décider si l'utilisation d'un élément de preuve mènerait à un procès inéquitable, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. À mon avis, l'un des facteurs importants est de savoir qui, de la police canadienne ou de la police du pays étranger, est responsable de l'injustice alléguée. Les actes de la police canadienne feront l'objet d'un examen plus strict que ceux de la police du pays étranger dont le travail est normalement soumis à des normes différentes de celles que l'on s'attend à voir respecter au Canada. La police canadienne doit, dans la mesure du possible, faire en sorte que la lettre et l'esprit des protections prévues par la *Charte* soient respectés même dans le cas où, comme en l'espèce, les droits eux-

the actions of Canadian police depart from our standards, this will be seen as more serious than when foreign police do so because of the existence of different standards in that country. Similarly, when foreign police do not accord the protections of that country's laws, this will generally be seen as more serious than when similar standards do not exist because the foreign legal system is different from ours.

However, the mere fact that there was what would constitute a technical breach of the *Charter* by Canadian officials will not automatically lead to exclusion of the evidence under ss. 7 and 11(d), just as the violation of one of the rights in the *Charter* does not lead to the automatic exclusion of evidence under s. 24(2). An analysis of the fairness of the trial requires both considering society's interest in obtaining the truth, and examining whether, in substance, any significant unfairness was caused to the accused.

I believe that in this case the conduct of the Canadian detectives was not so serious that admission of the evidence would violate the appellant's right to a fair trial, taking into account all the circumstances and society's interest in finding out the truth. The trial judge noted that "[t]here was a serious breach of a fundamental and important right, but I do not find that the conduct of the detectives was egregious". The accused was aware of his right to counsel from the time he was arrested, since the *Miranda* warning he was given by the American Marshal included the statement: "You have the right to talk to a lawyer for advice before we ask you any questions, and to have him with you during questioning." The accused admitted that he understood his *Miranda* rights. The trial judge also found that the accused's statement was voluntary — he knew that he did not have to talk to the Vancouver detectives, and understood that

mêmes ne s'appliquent pas directement. Dans l'analyse fondée sur l'art. 7 et l'al. 11d), il faut normalement reconnaître que si les actes de la police canadienne ne respectent pas nos normes, cet écart doit être tenu pour plus grave qu'un manquement du même ordre de la part de la police du pays étranger, vu l'existence de normes différentes chez ce dernier. De même, lorsque la police du pays étranger ne respecte pas les protections prévues par les lois de ce pays, ce manquement sera normalement tenu pour plus grave que ce ne serait le cas si de telles normes n'existaient pas du fait que le système de droit étranger est différent du nôtre.

Cependant, le simple fait qu'il y aurait eu manquement de pure forme à la *Charte* par des fonctionnaires canadiens n'aboutira pas automatiquement à l'exclusion de la preuve par application de l'art. 7 et de l'al. 11d), de la même façon que la violation de l'un des droits garantis par la *Charte* n'entraînera pas automatiquement l'exclusion de la preuve sous le régime du par. 24(2). Pour statuer sur l'équité du procès, il faut à la fois prendre en considération l'intérêt que représente pour la société la découverte de la vérité et examiner si, en substance, une injustice grave a été commise envers l'accusé.

J'estime que la conduite des détectives canadiens en l'espèce n'était pas sérieuse au point que l'utilisation de la preuve porterait atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable, compte tenu de toutes les circonstances et de l'intérêt que représente pour la société la découverte de la vérité. Le juge du procès a conclu en ces termes: [TRADUCTION] «[i]l y a eu violation grave d'un droit fondamental et important, mais je ne pense pas que le comportement de ces détectives soit insigne». L'accusé savait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat dès le moment où il a été arrêté, puisque la mise en garde de l'arrêt *Miranda* que lui a lue l'officier de police fédéral américain comprenait cette indication: [TRADUCTION] «Vous avez le droit de parler à un avocat avant d'être interrogé, et d'être interrogé en sa présence.» L'accusé a admis qu'il comprenait les droits que lui reconnaît l'arrêt *Miranda*. Le juge du procès a aussi conclu que la

104

105

he could end the interview at any time. The detectives told the appellant, though not in the clearest way possible, that he had a right to counsel, and said they would put him in touch with the B.C. Legal Aid Society if he wished.

déclaration de l'accusé était volontaire — il savait qu'il n'était pas obligé de parler aux détectives de Vancouver et qu'il pouvait mettre fin à l'interrogatoire en tout temps. Ces détectives lui ont dit, en termes qui auraient cependant pu être plus clairs, qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat, et qu'ils le mettraient en contact avec le service d'aide juridique de la Colombie-Britannique s'il le voulait.

106

Though the Canadian police did not give him the statement of his rights until 20 minutes into the interview, before that point he was only questioned about background information. More importantly, the statements at issue in this appeal were made after that initial 20-minute period, after the accused was informed of his rights by the Canadian officers. In my view, therefore, the delay in giving the information is relatively unimportant for the purpose of determining the admissibility of these statements. Therefore, admitting evidence obtained in the latter part of the interview cannot be considered so unfair that it must be rejected. It would not violate s. 7 or s. 11(d) to admit evidence given voluntarily by the accused, who understood that he had a right to counsel and that he did not have to talk to police.

Bien que la police canadienne ne l'ait informé de ses droits que 20 minutes après le début de l'interrogatoire, les questions posées à l'appelant jusque-là étaient d'ordre général. Ce qui est plus important, c'est que la déclaration en cause dans le présent pourvoi a été faite après cette période initiale de 20 minutes, après que les policiers canadiens l'eurent informé de ses droits. À mon avis donc, le retard mis à donner cette information a relativement peu d'importance en ce qui concerne l'admissibilité de la déclaration en question. Par conséquent, l'utilisation de la preuve recueillie durant cette dernière partie de l'interrogatoire ne peut être considérée inéquitable au point qu'il faille la rejeter. L'admission de la déclaration faite volontairement par l'accusé, qui comprenait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et qu'il n'était pas obligé de parler à la police, ne porte pas atteinte à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*.

107

This conclusion is also strengthened by the fact that the evidence was admitted at trial for a limited purpose: impeaching the accused's credibility on cross-examination. In many cases, whether the statements made were exculpatory or inculpatory, and whether they are to be used to build the Crown's case against the accused or impeach the accused's credibility is of no significance in the analysis under either ss. 7 and 11(d) or s. 24(2). As Sopinka J. stated in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 34:

Cette conclusion est, de plus, renforcée par le fait que la preuve a été admise au procès à des fins limitées: attaquer la crédibilité de l'accusé lors du contre-interrogatoire. Dans bien des cas, le fait que la déclaration en question soit disculpatoire ou incriminante et qu'elle soit utilisée comme élément de preuve par le ministère public contre l'accusé ou pour attaquer la crédibilité de l'accusé est sans importance dans l'analyse fondée sur l'art. 7 et l'al. 11d), ou le par. 24(2). Comme l'a fait observer le juge Sopinka dans *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, au par. 34:

The effect of destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination.

L'anéantissement de la crédibilité du témoignage de l'accusé au moyen de déclarations tirées de lui en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer.

However, *Calder, supra*, dealt with the question of whether a change in the proposed use of the statements by the Crown constituted a material change in circumstances so that the issue of exclusion of the evidence under s. 24(2) could be reopened. Sopinka J. concluded, at para. 35, that it would be in “very limited” and “very special” circumstances that “a change in use as proposed in this case will qualify as a material change of circumstances that would warrant reopening the issue once evidence has been excluded under s. 24(2)”. However, he acknowledged, at para. 35, that the fact the Crown was asking for admission for a limited purpose could make a greater difference during an initial s. 24(2) application:

To the extent that the Crown considers in a given case that restricting use of a statement to cross-examination will lighten its task in getting the statement admitted for this purpose under s. 24(2), it can seek a ruling to this effect either during its case or before cross-examining the accused. In either case, a *voir dire* will be necessary in which the trial judge will consider the admissibility of the statement for the limited purpose for which the Crown intends to use the statement.

Therefore, the fact that the Crown requests the admission of the evidence for a limited purpose may be a factor in the analysis in certain circumstances. I disagree with my colleagues Cory and Iacobucci JJ. that the majority judgment in *Calder, supra*, suggests that the circumstances under which the evidence will be admitted on an initial application under s. 24(2) are as exceptional as those which are required for reconsideration of a admissibility ruling which has already been made. I see no reason why this should not also be the case under ss. 7 and 11(d).

In my opinion, this is a case where limited use of the evidence is one of the factors that can be considered in the analysis. As noted by the trial judge, and by Hinds J.A. in the Court of Appeal, the ruling on the admissibility of the evidence came after many Crown witnesses had been cross-

Cependant, l'arrêt *Calder*, précité, traitait de la question de savoir si la nouvelle utilisation projetée d'une déclaration par le ministère public constituait un changement notable dans les circonstances de nature à justifier le réexamen de la décision d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2). Le juge Sopinka a conclu, au par. 35, que ce n'est que dans des circonstances «très limitées» et dans «certains cas exceptionnels» que «le nouvel usage tel qu'il est envisagé en l'espèce remplira la condition des changements notables dans les circonstances qui justifieraient de revenir sur la question une fois que la preuve a été écartée en application du par. 24(2)». Toutefois, il a reconnu, au par. 35, que le fait que le ministère public demandait l'admission de la preuve à des fins limitées pourrait faire une plus grande différence lors d'une première demande fondée sur le par. 24(2):

Si dans un cas d'espèce, le ministère public estime que limiter l'utilisation de la déclaration au contre-interrogatoire lui facilitera la tâche de la faire admettre à cette fin en vertu du par. 24(2), il peut demander à la cour de se prononcer soit pendant la présentation de sa preuve soit avant le contre-interrogatoire de l'accusé. Dans l'un et l'autre cas, un voir-dire est nécessaire au cours duquel le juge du procès considérera l'admissibilité de la déclaration pour les fins limitées auxquelles le ministère public la destine.

Par conséquent, le fait que le ministère public demande l'admission de la preuve à des fins limitées peut jouer dans certains cas. Je ne puis convenir avec mes collègues les juges Cory et Iacobucci que les juges majoritaires dans l'arrêt *Calder*, précité, ont laissé entendre que les circonstances dans lesquelles la preuve sera admise lors d'une première demande fondée sur le par. 24(2) doivent être aussi exceptionnelles que celles qui sont requises pour le réexamen de la décision statuant sur l'admissibilité. Je ne vois aucune raison pour qu'il n'en soit pas également ainsi en ce qui concerne l'art. 7 et l'al. 11d).

À mon avis, il s'agit en l'espèce d'un cas où l'utilisation limitée de la preuve est l'un des facteurs dont on peut tenir compte dans l'analyse. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, de même que le juge Hinds de la Cour d'appel, la décision statuant sur l'admissibilité de la preuve a

examined on prior statements they had made. The evidence was admitted for the limited purpose of impeaching the appellant's credibility, and the trial judge gave carefully crafted instructions to the jury about the limited use that could be made of the statements. In the context of this trial, where the credibility of other witnesses was also impugned with prior inconsistent statements, without admission of this evidence the jury would have been given the mistaken impression that the accused had been consistent in his testimony, while other witnesses had changed their stories. This could distort, rather than contribute to the truth-finding process (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 698, for similar reasoning). At the same time, the jury was instructed that the evidence was not to be considered as part of the Crown's case against the accused. For these reasons, the fact that the accused's statement was admitted only for the limited purpose of impeaching his credibility adds to the conclusion that admission of this evidence would not lead to an unfair trial.

109 Though there were technical breaches of the standards of the *Charter* that were improper, they were not so serious that admitting the evidence would lead to an unfair trial. This conclusion is strengthened by the fact that the evidence was admitted for a limited purpose. The fact that the accused was charged with murder also adds to this conclusion, since society has a particularly strong interest in getting at the truth regarding such a serious crime.

Charge to the Jury

110 Finally, the appellant alleges that the trial judge's charge to the jury regarding the statement made by the appellant during his interview with the detectives was inadequate. The Crown sought admission of this statement only for the purpose of impeaching the appellant's testimony. The appellant argues that the trial judge did not make it suf-

été rendue après que de nombreux témoins du ministère public eurent été contre-interrogés au sujet de déclarations qu'ils avaient faites antérieurement. La preuve a été admise dans le but limité d'attaquer la crédibilité de l'appelant, et le juge du procès a donné au jury des directives soigneusement rédigées au sujet de l'utilisation limitée qui pouvait être faite des déclarations. Dans le contexte de ce procès, où la crédibilité d'autres témoins était également attaquée au moyen de déclarations antérieures incompatibles, si cette preuve n'avait pas été admise les jurés auraient eu l'impression erronée que l'accusé avait rendu un témoignage cohérent alors que d'autres témoins avaient changé leurs versions des faits. Cela pourrait altérer le processus de recherche de la vérité plutôt que le favoriser (voir l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 698, pour un raisonnement similaire). Par ailleurs, les jurés ont reçu comme directives que la déclaration ne faisait pas partie des éléments de preuve incriminants que le ministère public pouvait faire valoir contre l'accusé. Pour ces motifs, le fait que la déclaration de l'accusé ait été admise dans le but limité d'attaquer sa crédibilité renforce la conclusion que l'admission de cet élément de preuve ne mènerait pas à un procès inéquitable.

Bien que les manquements de pure forme aux normes de la *Charte* aient été déplorables, leur gravité n'était pas telle que l'admission de la preuve aurait mené à un procès inéquitable. Cette conclusion est étayée par le fait que la preuve a été admise à des fins limitées. Le fait que l'accusé ait été inculpé de meurtre ajoute aussi du poids à cette conclusion, étant donné l'intérêt particulièrement marqué que représente pour la société la découverte de la vérité lorsqu'il s'agit d'un crime de cette gravité.

Exposé du juge au jury

Finalement, l'appelant soutient que le juge du procès n'a pas donné de directive adéquate au jury au sujet de la déclaration faite au cours de l'interrogatoire mené par les détectives. Le ministère public n'a cherché à faire admettre cette déclaration que pour attaquer le témoignage de l'appelant. Celui-ci prétend que le juge du procès n'a pas

ficiently clear that a statement admitted for this limited purpose could only be used to impeach the credibility of the accused (see *Calder, supra*, at para. 25), and should have mentioned that the conflicting versions could not be used to infer the “consciousness of guilt” of the accused.

The trial judge instructed the jury as follows, in relation to out-of-court inconsistent statements generally:

If you decide that previous out-of-court statements by a witness are inconsistent with what the witness said under oath then you may use the statement to decide whether or not you believe the witness. Once you decide whether or not you believe the sworn testimony of the witness then you must not make further use of the out-of-court statement because it is not evidence which proves the matter contained within it.

After referring to the statement of the appellant, he stated the following:

That is a prior inconsistent statement which goes to the credibility of the accused just as I explained previously with respect to the other witnesses. What the accused said in his statement to the police is not evidence, that he got a call from Fennell and went to the apartment building. It is evidence that goes only to the credibility of the accused just as I have explained with respect to the other witnesses and their prior inconsistent statements.

In my view there is nothing improper about the trial judge’s charge. He clearly explained to the jury that the only acceptable use of out-of-court statements was for the purpose of determining the credibility of the witness. He repeated this admonition with respect to the testimony of the accused. He made it clear that there were no other uses to which this evidence could be put. There was no need for the judge to specifically enumerate the prohibited uses of the evidence.

Conclusion and Disposition

Finally, I stress that these reasons in no way give Canadian officials free reign to violate human rights on foreign soil, or leave those who are the subject of cooperative investigations outside Cana-

expliqué de façon suffisamment claire qu’une déclaration utilisée dans ce but limité ne pouvait servir qu’à attaquer la crédibilité de l’accusé (voir *Calder, précité*, par. 25), et qu’il aurait dû spécifier que les contradictions ne pouvaient servir à démontrer la «conscience coupable» de l’accusé.

Les directives données au jury par le juge du procès sur la question générale des déclarations extrajudiciaires incompatibles sont les suivantes:

[TRADUCTION] Si vous concluez que les déclarations extrajudiciaires antérieures d’un témoin contredisent ce qu’il a déclaré sous serment, vous pouvez vous fonder sur ces déclarations pour décider si vous ajoutez foi au témoignage. Une fois que vous aurez décidé si vous ajoutez foi aux dépositions faites sous serment par le témoin, vous ne devez plus vous servir des déclarations extrajudiciaires parce qu’elles ne font pas foi de leur contenu.

Après s’être référé à la déclaration de l’appellant, il a dit:

[TRADUCTION] Il s’agit d’une déclaration antérieure incompatible qui vise la crédibilité de l’accusé, comme je vous l’ai déjà expliqué à propos des autres témoins. Ce que l’accusé a déclaré à la police ne constitue pas un élément de preuve, savoir qu’il avait reçu un appel de Fennell et s’était rendu à l’immeuble à appartements. C’est un élément de preuve qui ne concerne que la crédibilité de l’accusé comme je vous l’ai déjà expliqué au sujet des autres témoins et de leurs déclarations antérieures incompatibles.

À mon avis, ces directives n’ont rien d’incorrect. Le juge a clairement expliqué au jury que la seule utilisation acceptable des déclarations extrajudiciaires se limitait à l’appréciation de la crédibilité du témoin. Il a répété cette mise en garde au sujet du témoignage de l’accusé. Il a clairement expliqué que cet élément de preuve ne pouvait servir à rien d’autre. Il n’était nullement tenu d’en énumérer tous les usages interdits.

Conclusion et dispositif

En conclusion, je réitère que les présents motifs n’autorisent en aucune façon les fonctionnaires canadiens à violer impunément les droits de la personne en sol étranger ni à laisser ceux qui font

111

112

113

dian sovereignty without protection against the admission, in Canada, of evidence obtained in a seriously unfair manner. Such persons are protected under the fair trial provisions of ss. 7 and 11(d) when they are tried in Canada. As I indicated above, the analysis of whether admission of the evidence would lead to an unfair trial requires a close examination of the actions of Canadian officials. This analysis proceeds on the expectation that Canadian officials will do what they can in the circumstances, given the laws and resources with which they must work, to comply with the spirit and, where possible, the letter of the *Charter's* protections. When serious unfairness occurs because of a failure to do so, which was not the case here, the evidence will be excluded under this protection against unfair trials.

114 For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

115 BASTARACHE J. — This case raises before this Court, for the first time, the issue of whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to the investigatory activities of Canadian officials outside of Canada.

116 The background and case history have been described by Justices Cory and Iacobucci. I will not repeat them here. I wish to express my own views with regard to the application of the *Charter* in this case. I agree with the result reached by Cory and Iacobucci JJ. with regard to the application of the *Charter* and their disposition of the appeal.

117 The respondent argues that applying the *Charter* to Canadian police officers acting abroad infringes international law principles of jurisdiction. In particular, the respondent suggests that such an interpretation of s. 32(1) would be an extraterritorial application of Canadian law. To state my conclu-

l'objet d'enquêtes menées conjointement à l'extérieur de la souveraineté du Canada sans protection contre l'utilisation, au Canada, d'éléments de preuve obtenus d'une façon très inéquitable. Ces personnes sont protégées par les dispositions garantissant la tenue d'un procès équitable, soit l'art. 7 et l'al. 11d), lorsqu'elles sont jugées au Canada. Comme je l'ai déjà expliqué, pour déterminer si l'admission de la preuve peut être susceptible de mener à un procès inéquitable, il faut examiner attentivement les actes des fonctionnaires canadiens. L'on s'attend à ce que ces fonctionnaires fassent ce qu'ils peuvent dans les circonstances, compte tenu des lois auxquelles ils sont soumis et des ressources dont ils disposent, pour se conformer à l'esprit, et lorsque c'est possible, à la lettre des protections prévues par la *Charte*. En cas d'injustice grave résultant de l'omission de se conformer à cette obligation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la preuve sera exclue en vertu des dispositions qui protègent le justiciable contre la tenue d'un procès inéquitable.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — En l'espèce, la Cour est saisie pour la première fois de la question de savoir si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux enquêtes effectuées par des fonctionnaires canadiens à l'étranger.

Les faits et l'historique des procédures ont été évoqués par les juges Cory et Iacobucci. Je ne les reprendrai pas. Je tiens à exprimer mes propres vues au sujet de l'application de la *Charte* en l'espèce. Je suis d'accord avec le résultat auquel les juges Cory et Iacobucci parviennent à ce sujet ainsi qu'avec la façon dont ils statuent sur le pourvoi.

L'intimée soutient que l'application de la *Charte* à des policiers canadiens agissant à l'étranger va à l'encontre des principes du droit international en matière de compétence. En particulier, elle affirme qu'une telle interprétation du par. 32(1) conférerait une portée extraterritoriale à la loi canadienne. Je

sions at the outset, I find that there is no conflict between an interpretation of s. 32(1) which favours the application of the *Charter* to the activities of Canadian officials conducting an investigation abroad, and international law principles of territorial jurisdiction. Since this case raises the application of the *Charter* to a police investigation, I will restrict my analysis to those guarantees implicated by such an investigation, namely, the “Legal Rights” contained in ss. 7-14. Whether these same principles apply with respect to other *Charter* rights is a question more appropriately left for a case in which those issues are squarely raised and argued.

The Scope of Section 32(1)

Section 32(1) of the *Charter* provides:

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.

Section 32(1) applies the *Charter* to those persons exercising legislative authority or to those who are part of the executive government. These two categories frequently overlap in practice, but they are distinct bases upon which the *Charter* may be applied. In effect, the *Charter* applies to governmental action, which may arise either because of the nature of the powers exercised, or because the actor is actually a part of the government. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, Dickson J. (as he then was) observed: “It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.” On its face, there is no mention of a territorial limitation of the application of the *Charter*. Section 32(1) defines the application of the *Charter* according to who acts, not where they act.

commence par exposer les conclusions auxquelles je suis arrivé: une interprétation du par. 32(1) favorable à l’application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires canadiens menant une enquête à l’étranger ne se heurte pas aux principes du droit international en matière de compétence territoriale. Puisqu’il est question en l’espèce de l’application de la *Charte* à une enquête policière, je limiterai mon analyse aux garanties mises en jeu dans pareille enquête, savoir les «garanties juridiques» des art. 7 à 14. Il conviendra de trancher le point de savoir si les mêmes principes s’appliquent à d’autres droits prévus par la *Charte* quand la question sera directement soulevée et débattue devant les tribunaux.

La portée du par. 32(1)

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* prévoit ce qui suit:

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.

Cette disposition assujettit à la *Charte* ceux qui exercent le pouvoir législatif ou qui font partie du pouvoir exécutif. Ces deux catégories se chevauchent souvent dans les faits, mais elles constituent des fondements distincts d’application de la *Charte*. En effet, celle-ci s’applique aux actes gouvernementaux, qui sont déterminés soit par la nature des pouvoirs exercés, soit par l’identité de l’acteur qui doit effectivement faire partie du gouvernement. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait cette observation: «Elle vise à empêcher le gouvernement d’agir à l’encontre de ces droits et libertés; elle n’autorise pas en soi le gouvernement à agir.» Le texte ne fait aucunement mention d’une limite territoriale. Le paragraphe 32(1) définit l’application de la *Charte* en fonction de l’identité de l’acteur, et non du lieu de l’acte.

119 *Prima facie*, there can be no doubt that the wording of s. 32(1) includes the actions of the Vancouver police, since they are constituted as part of the government and exercise authority under a provincial statute (*Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 7(2)). Police officers are included within the terms of s. 32(1), not only because they exercise statutory powers conferred on them by the relevant legislature, but also because they are officers of the government. Indeed, the juridical status of a police officer has been described as “a ministerial officer exercising statutory rights independently of contract” (*Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222 (Ont. C.A.), at p. 225, quoting from Viscount Simonds in *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, at pp. 489-90; see also *Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 7(2)).

120 When a police officer travels into the territory of another jurisdiction, either within Canada or internationally, it must be acknowledged that the statutory authorization to exercise coercive acts will likely come into conflict with the legal jurisdiction of the host territory. The reasons for this will be discussed in more detail below. However, the status of a police officer as an officer of the state is not altered by crossing a jurisdictional border, even if he or she is deprived of all the coercive powers conferred by the home state. Thus, for example, even if a Canadian police officer is obliged by the United States' authorities to surrender his gun at the border, this does not mean that he or she is thereby stripped of his or her identity as an officer of the Canadian state; the officer is merely stripped of the statutory power to carry a gun, because that Canadian statutory power conflicts with the host state's rules authorizing who may carry a firearm. From the perspective of the home legal system, however, police officers are still representatives of their home government. Even if the host jurisdiction fails to recognize the home police officer as an actor of that state, no possible conflict is created by the home jurisdiction's imposing a status which only has juridical effect within the home territory. There is nothing

À première vue, il ne fait pas de doute que le par. 32(1) vise les actes de la police de Vancouver, puisque celle-ci a été constituée à titre d'organe gouvernemental et qu'elle exerce ses pouvoirs en vertu d'une loi provinciale (*Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)). Les policiers sont visés par cette disposition, non seulement parce qu'ils exercent des pouvoirs conférés par la législature compétente, mais aussi parce qu'ils sont des agents du gouvernement. En effet, il a été décidé que le statut juridique du policier est celui de [TRADUCTION] «l'agent ministériel exerçant des pouvoirs prévus par la loi indépendamment de tout contrat» (*Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222 (C.A. Ont.), à la p. 225, citant le vicomte Simonds dans *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, aux pp. 489 et 490; voir aussi la *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)).

Lorsqu'un policier franchit la frontière de son territoire, que ce soit au Canada ou à l'étranger, il faut reconnaître que le pouvoir d'accomplir des actes coercitifs qu'il tient de la loi entrera vraisemblablement en conflit avec la compétence du territoire d'accueil. Nous en verrons les raisons plus en détail ci-dessous. Cependant, sa qualité d'agent de l'État ne change pas à la frontière, même s'il perd tous les pouvoirs coercitifs conférés par l'État d'origine. Par exemple, même si le policier canadien est obligé de remettre son arme à feu aux autorités américaines à la frontière, il ne perd pas de ce fait son identité d'agent de l'État canadien; il n'a simplement plus le pouvoir légal de porter une arme parce que ce pouvoir prévu par la loi canadienne est en conflit avec les règles de l'État d'accueil en la matière. Toutefois, vu sous l'angle du système de droit d'origine, le policier est toujours le représentant du gouvernement d'origine. Même si l'État d'accueil ne reconnaît pas au policier la qualité d'agent de l'État, l'État d'origine ne peut créer aucun conflit en imposant un statut dont les effets juridiques ne se font ressentir que sur son propre territoire. Le droit international ne pose nullement que le statut des policiers dans le cadre du système de droit de la Colombie-Britannique doit être interprété de façon qu'il soit confiné au terri-

in international law which suggests that the determination of the status of police officers within British Columbia law must be read in a manner which confines that status to the territory of British Columbia, and which disappears when they cross a border.

Indeed, usual practice would seem to suggest precisely the opposite. In this case, for example, the Vancouver police detectives were invited by their Louisiana colleagues to come to the United States in order to conduct whatever questioning of the suspect they considered appropriate. During this visit, there can be no doubt that Vancouver detectives were understood by their American counterparts to be part of the executive government of the province of British Columbia, and that they were given access to the suspect on that basis. In this case, the government of the host state chose to accord some legal significance to the status in British Columbia law of the two detectives as officers of the state. The two detectives were permitted to have access to the defendant while he was detained and to question him as they saw fit, without any supervision or involvement by the government of the host state.

Section 32(1) applies to officers of the Canadian state who are abroad, independent of whether they exercise governmental powers of coercion or not. The *Charter* has been applied to government officials even when they act on behalf of the state without exercising any statutory power (*Lavigne v. OPSEU*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 313; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 585; Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 34-14 and 34-15). Thus, even if a Canadian police officer in a host state has no statutory powers whatsoever to exercise, he or she is still subject to the *Charter* under s. 32(1) by virtue of his or her status as part of the executive government of Canada or one of the provinces. That person's movement into another jurisdiction does not alter his or her status or the application of the *Charter* to him or her. The fact that the officer may not be authorized to exercise any legislative power

toire de la province et qu'il disparaisse à la frontière.

De fait, la pratique semble indiquer précisément le contraire. En l'espèce, par exemple, les détectives de la police de Vancouver ont été invités par leurs collègues de la Louisiane à venir aux États-Unis interroger le suspect comme bon leur semblerait. Durant cette visite, la police américaine savait de toute évidence qu'ils faisaient partie du pouvoir exécutif de la province de la Colombie-Britannique; c'est à ce titre qu'ils ont pu interroger le suspect. En l'espèce, le gouvernement de l'État d'accueil a choisi de donner un effet juridique au statut d'agent de l'État conféré aux deux détectives par la loi de la Colombie-Britannique. Ils ont été autorisés à parler au défendeur durant sa détention et à l'interroger à leur convenance, sans aucune surveillance ni participation du gouvernement de l'État d'accueil.

Le paragraphe 32(1) s'applique aux agents de l'État canadien se trouvant à l'étranger, qu'ils exercent ou non les pouvoirs coercitifs du gouvernement. La *Charte* a été appliquée à des fonctionnaires du gouvernement même lorsqu'ils agissaient au nom de l'État sans exercer aucun pouvoir prévu par la loi (*Lavigne c. SEFPO*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 313; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 585; Hogg, *Constitutional Law of Canada* (édition à feuilles mobiles), vol. 2, aux pp. 34-14 et 34-15). Ainsi, même si le policier canadien perd toute habilitation légale dans l'État d'accueil, il reste soumis à la *Charte* en application du par. 32(1) parce qu'il fait partie du pouvoir exécutif du Canada ou de l'une des provinces. Le fait qu'il se rend dans un autre ressort ne change ni son statut ni son assujettissement à la *Charte*. Il importe peu

121

122

because of his or her presence in a foreign jurisdiction is immaterial.

123 This does not resolve the issue, however, of whether and to what extent s. 32(1) provides for the application of the *Charter* to investigative actions of Canadian officials and to evidence obtained with the participation of Canadian officials in a foreign state. Potentially, the exercise of those powers might be more susceptible to conflict with the foreign law than the mere ascription of governmental status to Canadian officials by Canadian law.

124 This concern is addressed by considering the express terms of s. 32(1) and the nature of the *Charter* obligations imposed. Section 32(1) specifically confines the application of the *Charter* to Canadian governments or matters within the authority of Canadian legislatures. By its terms, s. 32(1) dictates that the *Charter* applies to the Canadian police by virtue of their identity as part of the Canadian government. By those same terms, however, the *Charter* may not be applied to a person who is neither within the authority of the various Canadian legislatures, nor a Canadian official. Thus, s. 32(1) dictates that the *Charter* may not be applied to any matter within the authority of a foreign government, or to foreign personnel (unless they are somehow concurrently part of the Canadian government, or subject to Canadian legislative authority, a possibility not raised in this case).

125 This dichotomy raises difficult factual issues when Canadian and foreign officials cooperate to obtain evidence by way of a joint investigation. While within the foreign state, most useful investigative activities by Canadian police officers will involve, in some measure, the participation of foreign officials exercising their governmental powers, or the delegation of those powers to the Canadian officials. In this case, for example, the American officials exercised a statutory power in arresting the suspect at the request of the Canadian

qu'il ne soit plus autorisé à exercer les pouvoirs prévus par la loi du fait qu'il se trouve à l'étranger.

Cette conclusion ne résout cependant pas la question de savoir si et dans quelle mesure le par. 32(1) étend l'application de la *Charte* aux activités d'enquête exercées par les fonctionnaires canadiens et aux preuves recueillies avec leur participation à l'étranger. Potentiellement, l'exercice de ces pouvoirs présente un plus grand risque de conflit avec la loi de l'État étranger que la simple attribution par la loi canadienne de la qualité d'agent du gouvernement à des fonctionnaires canadiens.

La réponse à cette question se dégage des termes mêmes du par. 32(1) et de la nature des obligations imposées par la *Charte*. Le paragraphe 32(1) limite expressément l'application de la *Charte* au gouvernement du Canada et à ceux des provinces ou aux domaines relevant de la compétence des législatures canadiennes. Aux termes de cette disposition, la *Charte* s'applique à la police canadienne parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province. Toutefois, il ressort également du libellé du par. 32(1) que la *Charte* ne peut s'appliquer à ceux qui ne relèvent pas des diverses législatures canadiennes ou ne sont pas des fonctionnaires canadiens. Le paragraphe 32(1) prévoit donc que la *Charte* ne peut s'appliquer à un domaine relevant d'un gouvernement étranger ni aux agents d'un État étranger (à moins que d'une manière ou d'une autre, ils ne fassent aussi partie du gouvernement du Canada ou d'une province ou ne soient aussi soumis à une législature canadienne, possibilité dont il n'est pas question en l'espèce).

Cette dichotomie soulève des questions de fait difficiles dans le cas où fonctionnaires canadiens et étrangers collaborent pour recueillir des preuves dans le cadre d'une enquête conjointe. Sur le territoire de l'État étranger, la plupart des enquêtes utiles effectuées par des policiers canadiens nécessiteront, dans une certaine mesure, une participation des fonctionnaires étrangers exerçant les pouvoirs de leur gouvernement ou une délégation de ces pouvoirs aux policiers canadiens. En l'espèce par exemple, les fonctionnaires américains ont

officials, and then detaining him until and while he was questioned by the Canadian officials. My learned colleague Justice L'Heureux-Dubé concludes from these facts that applying the *Charter* in this case would amount to an application of the *Charter* beyond the scope of s. 32(1) since the "action [was] undertaken under the authority of the foreign state" (para. 93).

I disagree with my colleagues' specific method of applying s. 32(1) to the difficult problem of joint or cooperative investigations. In my view, the key issue in cases of cooperation between Canadian officials and foreign officials exercising their statutory powers is determining who was in control of the specific feature of the investigation which is alleged to constitute the *Charter* breach. This inquiry involves weighing the relative roles of the Canadian officials and of the foreign officials. When a Canadian officer is invited by the foreign official to exercise some power during an investigation, whether s. 32(1) is engaged will depend on the extent to which the exercise of the power is supervised by the foreign official.

If, in weighing these factors, it is found that the foreign authority was responsible for the specific circumstances leading to the *Charter* breach in obtaining a specific piece of evidence, then those activities are not subject to the *Charter*, notwithstanding the participation of the Canadian officials in the cooperative investigation. In cases in which a defendant seeks to invoke s. 24(2) to exclude evidence from a trial being conducted in Canada, the focus of the analysis must be the relative roles of the Canadian and foreign officials in obtaining the specific evidence which the defendant seeks to exclude. If the Canadian officials were primarily responsible for obtaining the evidence in a manner which violated the *Charter*, then the *Charter* will apply to them and to the evidence obtained by them.

In this case, the Canadian police officers exercised virtually total control over the questioning procedure. The Vancouver detectives conducted their questioning of the accused without any par-

exercé un pouvoir légal en arrêtant le suspect à la demande des fonctionnaires canadiens, et en le détendant ensuite jusqu'à ce que ces derniers l'interrogent. Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé en conclut que l'application de la *Charte* en l'espèce déborderait le cadre du par. 32(1), puisque l'«opération [est] effectuée sous l'autorité d'un État étranger» (par. 93).

Je ne suis pas d'accord avec la façon dont mes collègues appliquent le par. 32(1) au difficile problème des enquêtes conjointes ou fondées sur la collaboration. À mon sens, ce qui est essentiel dans les cas de coopération entre fonctionnaires canadiens et étrangers exerçant les pouvoirs que la loi leur a conférés, c'est de déterminer qui dirigeait l'aspect de l'enquête qui est présumé avoir porté atteinte à la *Charte*. Pareille analyse nécessite l'appréciation des rôles relatifs joués par les fonctionnaires canadiens et les fonctionnaires étrangers. Lorsque le policier canadien est invité par le fonctionnaire étranger à exercer un pouvoir durant l'enquête, l'application du par. 32(1) dépendra du degré de surveillance exercé par le fonctionnaire étranger.

S'il ressort de l'appréciation de ces facteurs que les événements qui ont conduit à la violation de la *Charte* au cours des recherches effectuées pour recueillir tel ou tel élément de preuve sont imputables à l'autorité étrangère, ces activités ne tombent pas sous le coup de la *Charte* malgré la participation des fonctionnaires canadiens à l'enquête. Dans les cas où le défendeur cherche à invoquer le par. 24(2) pour faire écarter des éléments de preuve dans un procès tenu au Canada, l'analyse doit être centrée sur le rôle relatif joué par les fonctionnaires canadiens et les fonctionnaires étrangers dans l'obtention de ces éléments de preuve. Si l'obtention des éléments de preuve de façon contraire à la *Charte* est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, ces derniers ainsi que la preuve qu'ils auront recueillie seront assujettis à la *Charte*.

En l'espèce, les policiers canadiens ont pratiquement réglé les modalités de l'interrogatoire. Les détectives de Vancouver ont interrogé l'accusé sans aucune participation des fonctionnaires améri-

126

127

128

ticipation by American officials. Although the accused was detained under the statutory authority of the foreign legal system at the time of the questioning, the foreign officials invited the Canadian officials to conduct their questioning in an entirely autonomous fashion. Indeed, the foreign officials in this case refrained from asking any questions of the accused at any point during the detention. The trial judge found a breach of the defendant's s. 10(b) rights to be provided with a lawyer, and to be informed of that right. These rights could have been easily fulfilled and, in their capacity as the sole questioners of the accused, the Canadian police officers were in a position to inform the defendant of that right and to put the accused in touch with a Vancouver lawyer by telephone. Under these circumstances, the actions of the Canadian officials, who are subject to the *Charter* by virtue of their roles as government actors identified in s. 32(1), are subject to the *Charter*. Applying the *Charter* to their actions does not amount to an application of the *Charter* to foreign officials or a foreign authority, which is prohibited under s. 32(1).

International Law Principles of Jurisdiction

129

Does this interpretation of s. 32(1) offend international law principles of jurisdiction? If it does, there is a presumption that s. 32(1) must be interpreted in conformity with those international law principles, unless the offending interpretation is clear and unmistakable, or unless there are other purposes evident in the *Charter* which modify the presumption. As Pigeon J. stated in *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541:

... Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law... if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law, as was said recently in *Inland Revenue Commissioners v. Collico Dealings Ltd.* ([1962] A.C. 1), where all relevant authorities are reviewed. In that case, the House of Lords came to the conclusion that the intent of

cains. Bien que l'accusé ait été détenu en vertu du système de droit étranger au moment de l'interrogatoire, les fonctionnaires étrangers avaient invité les policiers canadiens à mener l'interrogatoire comme bon leur semblait. En effet, les fonctionnaires étrangers se sont abstenus de poser quelque question que ce soit à l'accusé durant la détention. Le juge du procès a conclu à la violation du droit de bénéficier des services d'un avocat et d'être informé de ce droit garanti par l'al. 10b) à l'accusé. Les policiers canadiens auraient pu facilement donner effet à ces droits puisque, étant les seuls interrogateurs de l'accusé, ils étaient en mesure de l'en informer et de le mettre en communication téléphonique avec un avocat de Vancouver. Dans ces conditions, les actes des fonctionnaires canadiens qui sont assujettis à la *Charte* à titre d'acteurs gouvernementaux visés au par. 32(1) tombent sous le coup de la *Charte*. Appliquer celle-ci à leurs actes, ce n'est pas l'appliquer à des autorités ou à des fonctionnaires étrangers, ce qui est interdit sous le régime du par. 32(1).

Les principes du droit international en matière de compétence

Cette interprétation du par. 32(1) va-t-elle à l'encontre des principes du droit international en matière de compétence? Dans l'affirmative, une présomption veut que cette disposition soit interprétée de manière compatible avec les principes du droit international, à moins que l'interprétation contraire au droit international ne soit claire et dénuée de toute ambiguïté, ou que d'autres objectifs manifestes de la *Charte* ne viennent combattre cette présomption. Ainsi que l'a fait observer le juge Pigeon dans *Daniels c. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517, à la p. 541:

[TRADUCTION] ... le législateur est réputé ne pas légiférer en violation d'un traité ni à l'encontre de la courtoisie internationale ou des règles établies de droit international. [...] si une loi est dénuée d'ambiguïté, ses dispositions doivent être observées même si elles s'opposent au droit international, comme il a été jugé récemment dans *Inland Revenue Commissioners c. Collico Dealings Ltd.* ([1962] A.C. 1), où toute la jurisprudence pertinente a été évoquée. Dans cette affaire, la Chambre

Parliament was clear and unmistakable and, therefore, the plain words of a statute could not be disregarded in order to observe the comity of nations and the established rules of international law. However, the principle of construction was recognized as applicable in a proper case.

(See also *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1353, *per* Wilson J.; *R. v. Treacy*, [1971] A.C. 537, at p. 561, *per* Lord Diplock, who said there must be an “express provision to the contrary”; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (P.C.), at pp. 167-68; Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330; J.-Maurice Arbour, *Droit international public* (2nd ed. 1992), at p. 59.)

The respondents claim that the application of the *Charter* to the actions of the police officers in this case amounts to an extraterritorial application of Canadian law which is prohibited by international law. It is necessary to examine the territorial principle more closely in order to determine whether this argument is sound.

Any discussion of territoriality begins with the fundamental distinction between a purported enforcement of domestic law in the territory of a foreign state (jurisdiction to enforce), and an attempt to give effect in domestic law to actions, people or things outside of the territory governed by domestic law (jurisdiction to prescribe). Attempts to enforce domestic law directly in the territory of a foreign state are prohibited in all but the most exceptional circumstances. In the words of Professor Brownlie, discussing “Extra-territorial Enforcement Measures”:

The governing principle is that a state cannot take measures on the territory of another state by way of enforcement of national laws without the consent of the latter. Persons may not be arrested, a summons may not be served, police or tax investigations may not be mounted, orders for production of documents may not be executed, on the territory of another state, except under the terms of a treaty or other consent given.

des lords a conclu que la volonté du législateur était claire et dénuée de toute ambiguïté et, par conséquent, que les termes sans équivoque d’une loi ne pouvaient être écartés afin d’observer la courtoisie internationale et les principes reconnus de droit international. Cependant, il y avait lieu d’appliquer ce principe d’interprétation dans les cas s’y prêtant.

(Voir aussi *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, aux pp. 409 et 410; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1353, motifs du juge Wilson; *R. c. Treacy*, [1971] A.C. 537, à la p. 561, motifs prononcés par lord Diplock, qui a insisté sur la nécessité d’une «disposition contraire expresse»; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), aux pp. 167 et 168; Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 330; J.-Maurice Arbour, *Droit international public* (2^e éd. 1992), à la p. 59.)

L’intimée soutient qu’appliquer la *Charte* aux actes des policiers en l’espèce conférerait une portée extraterritoriale à la loi canadienne, ce que le droit international interdit. Il est nécessaire d’approfondir le principe de la territorialité pour juger du bien-fondé de cet argument.

Toute analyse de la territorialité commence par la distinction fondamentale qui existe entre le fait de prétendre appliquer la loi nationale sur le territoire d’un État étranger (compétence d’exécution), et celui de chercher à attacher des effets légaux propres au système de droit interne à des actes, des personnes ou des choses hors du territoire national (compétence normative). La mise en œuvre directe de la loi nationale sur le territoire d’un État étranger est interdite, sauf dans des cas vraiment exceptionnels. La question des [TRADUCTION] «mesures d’exécution extraterritoriales» a été analysée en ces termes par le professeur Brownlie:

[TRADUCTION] Le principe directeur veut qu’un État ne puisse prendre de mesures pour appliquer ses propres lois sur le territoire d’un autre État sans le consentement de ce dernier. L’arrestation, l’assignation, l’enquête policière ou fiscale, l’exécution d’ordonnances de production de documents ne peuvent être effectuées, sur le territoire de l’autre État, sauf conformément à un traité ou avec son consentement.

130

131

See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990), p. 307. It was in this sense that the Permanent Court of International Justice observed in *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10, pp. 18-19:

Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.

But in the very next sentence, at p. 19, the International Court makes it very clear that the term "territoriality" has an entirely different meaning where a legal system merely purports to prescribe effects within its own legal system to events taking place abroad:

It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.

These two passages clearly illustrate the gulf that separates the principle of territoriality with regard to the jurisdiction to enforce, and territoriality as it might constrain the prescription of juridical consequences within the domestic legal system.

Voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (4^e éd. 1990), p. 307. C'est dans ce sens que la Cour permanente de justice internationale a tiré la conclusion suivante dans l'*Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n^o 10, aux pp. 18 et 19:

Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Dans la phrase suivante cependant, à la p. 19, la Cour précise en termes très nets que le mot «territorialité» revêt un tout autre sens lorsque l'État se borne à attacher à des faits survenus à l'étranger des conséquences juridiques qui sont propres à son système de droit:

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.

Ces deux passages illustrent parfaitement le gouffre qui sépare le principe de la territorialité du point de vue de la compétence d'exécution et son application aux conséquences juridiques attachées par un État à des événements lesquelles pourront être limitées au cadre du système de droit national.

In the latter category of cases, most discussions of the nature of the territoriality principle have arisen from the application of a state's criminal law to actions taking place in the territory of another state. It should be kept in mind, in the course of this discussion, that the nature of criminal prescriptions and the *Charter* are quite distinct, a point which shall be discussed in more detail below. For the moment, however, the discussion of territoriality as it relates to criminal jurisdiction provides useful material for understanding the general international law principles of territoriality.

In *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, La Forest J., for the Court, extensively canvassed English and Canadian jurisprudence on the principle of the territorial limitations on criminal jurisdiction. Although finding that a very strict doctrine of territoriality was occasionally adopted to deny jurisdiction over any acts taking place in the territory of another jurisdiction, he challenges (at p. 185) the conventional view that English and Canadian courts have always refrained from exercising jurisdiction over acts taking place abroad (for the traditional approach, see Julian D. M. Lew, "The Extraterritorial Criminal Jurisdiction of English Courts" (1978), 27 *Int'l & Comp. L.Q.* 168). La Forest J. distills two principles from the cases in which the courts refrained from applying the criminal law to actions occurring in the territory of other states, at p. 208:

As noted earlier, the territorial principle in criminal law was developed by the courts to respond to two practical considerations, first, that a country has generally little direct concern for the actions of malefactors abroad; and secondly, that other states may legitimately take umbrage if a country attempts to regulate matters taking place wholly or substantially within their territories. For these reasons the courts adopted a presumption against the application of laws beyond the realm. . . .

Using these principles, La Forest J. concluded, at p. 209, that the territoriality doctrine has in modern times evolved to recognize that it is permissible to assert criminal jurisdiction over acts taking

S'agissant de la dernière catégorie, le débat sur la nature du principe de la territorialité s'engage la plupart du temps au sujet de l'application de la loi pénale d'un État à des actes qui ont lieu sur le territoire d'un autre État. Il ne faut pas perdre de vue ici que les normes pénales et celles de la *Charte* sont de nature très différente; nous y reviendrons en détail plus loin. Pour le moment cependant, l'analyse de la territorialité en ce qui a trait à la compétence pénale permet de mieux saisir les principes généraux de la territorialité en droit international.

Dans *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, le juge La Forest, au nom de la Cour, a recensé la jurisprudence anglaise et canadienne portant sur le principe des limitations territoriales de la compétence pénale. Tout en concluant qu'une doctrine très stricte de territorialité était invoquée à l'occasion pour exclure la compétence sur des actes se produisant sur le territoire d'un autre État, il conteste (à la p. 185) l'opinion traditionnelle voulant que les tribunaux d'Angleterre et du Canada se soient toujours abstenus d'exercer leur compétence sur des actes survenus à l'étranger; pour l'approche traditionnelle, voir Julian D. M. Lew, «The Extraterritorial Criminal Jurisdiction of English Courts» (1978), 27 *Int'l & Comp. L.Q.* 168). Le juge La Forest dégage en ces termes, à la p. 208, deux principes des causes dans lesquelles les tribunaux se sont abstenus d'appliquer la loi pénale aux actes qui se sont produits sur le territoire d'un autre État:

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux ont conçu le principe de la territorialité en droit criminel pour répondre à deux considérations d'ordre pratique, d'abord celle voulant qu'un pays ne s'intéresse généralement pas directement aux actes de malfaiteurs à l'étranger et, en second lieu, celle voulant que des États puissent légitimement prendre ombrage à ce qu'un autre pays tente de régler des affaires qui se produisent entièrement ou en majeure partie sur leur territoire. Pour ces motifs, les tribunaux ont adopté une présomption que les lois ne s'appliquent pas hors du royaume. . . .

S'appuyant sur ces principes, il conclut, à la p. 209, que la doctrine de la territorialité a évolué à l'époque moderne jusqu'à admettre l'exercice par un État de sa compétence pénale sur des actes

place in another state if they are connected to other acts that take place in the forum state which are in furtherance of criminal behaviour, or if the acts in the other state have some pernicious consequence within the forum:

This country has a legitimate interest in prosecuting persons for activities that take place abroad but have an unlawful consequence here, (as in *Peters*, for example). Indeed, from an early period the English courts have recognized such an interest in other countries; see *Jacobi and Hiller*, *Nillins* and *Godfrey*, *supra*. The protection of the public in this country is widely acknowledged to be a legitimate purpose of criminal law, and one moreover that another nation could not easily say offended the dictates of comity.

He goes on to state a general principle of territorial jurisdiction for criminal law, at pp. 212-13:

I might summarize my approach to the limits of territoriality in this way. 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; see *Williams and Castel*, *supra*; *Hall*, *supra*.

Moreover, he dismisses concerns regarding the possibility of concurrent jurisdiction of different states over the same acts, finding that the courts of Canada can take cognizance of the decisions of other countries through the principles of *autrefois acquit* and *autrefois convict*.

accomplis dans un autre État, si ceux-ci se rattachent à d'autres actes commis dans le premier État subséquentement à des agissements criminels ou s'ils ont des conséquences néfastes dans le premier État:

Notre pays a un intérêt légitime à poursuivre des personnes pour des activités qui se sont déroulées à l'étranger, mais qui ont des conséquences illégales ici (comme dans l'affaire *Peters* par exemple). En fait, les tribunaux anglais reconnaissent depuis longtemps l'intérêt qu'ont les autres pays à faire de même; voir les arrêts *Jacobi and Hiller*, *Nillins* et *Godfrey*, précités. La protection du public dans notre pays est reconnue de façon générale comme un objet légitime du droit criminel et, de plus, c'est un objet qu'un autre État peut difficilement prétendre contraire aux impératifs de la courtoisie.

Il expose ensuite en ces termes un principe général de compétence territoriale en matière de droit pénal, aux pp. 212 et 213:

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. 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; voir *Williams et Castel*, ainsi que *Hall*, précités.

En outre, il dissipe les inquiétudes suscitées par la possibilité d'une compétence concurrente de plusieurs États sur les mêmes actes, concluant que les tribunaux canadiens peuvent reconnaître les décisions rendues dans les autres pays par l'application des principes relatifs aux moyens de défense *autrefois acquit* et *autrefois convict*.

Ces conclusions rappellent la jurisprudence de la Chambre des lords. Dans *Treacy*, précité, à la p. 564, lord Diplock, dans des motifs concordants avec ceux des juges majoritaires, a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Toute présomption de volonté de la part du législateur de soumettre le pouvoir de réprimer une conduite prévu par la Loi à une limitation territoriale, soit le lieu où l'acte punissable est commis ou produit ses effets, ne peut avoir sa source, à mon avis, que dans les règles de courtoisie internationale, et la portée de la limitation, si elle n'a pas été expressément prévue,

These statements echo the approach adopted by the House of Lords in preceding cases. In *Treacy*, *supra*, at p. 564, Lord Diplock, concurring in the majority decision in that case made the following observations:

The source of any presumption that Parliament intended that the right created by the Act to punish conduct should be subject to some territorial limitation upon where the conduct takes place or its consequences take effect can, in my view, only be the rules of international comity, and the extent of the limitation, where none has been expressed in words, can only be deter-

mined by considering what compliance with those rules requires. . . . For reasons which I stated earlier, the rules of international comity, in my view, do not call for more than that each sovereign state should refrain from punishing persons for their conduct within the territory of another sovereign state where that conduct has had no harmful consequences within the territory of the state which imposes the punishment.

See also *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 29.

On the international plane, the significance of the effects of activities within the territory of another state also received approval. Here again, I quote from *The S.S. "Lotus"*, *supra*, at p. 23:

On the contrary, it is certain that the courts of many countries, even of countries which have given their criminal legislation a strictly territorial character, interpret criminal law in the sense that offences, the authors of which at the moment of commission are in the territory of another State, are nevertheless to be regarded as having been committed in the national territory, if one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects, have taken place there.

Writers on international law appear to be unanimous in recognizing the "objective territorial principle", which entitles a state to prescribe juridical consequences for acts outside of its territory provided that those acts have some significant effect on the forum state (Brownlie, *supra*, p. 301; Hugh M. Kindred *et al.*, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (5th ed. 1993), at pp. 431-32; Arbour, *supra*, at pp. 236-37; Jean Combacau and Serge Sur, *Droit international public* (2nd ed. 1995), at p. 350; Louis Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials* (2nd ed. 1987), at p. 826; Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *B.Y.I.L.* 145, at p. 154; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), at p. 262). Although the formulations of the objective principle vary among these jurists, their approach is basically similar. While the objective principle is unimpeachable as a matter of principle, it is recognized that when the interest of the forum state is less significant than the interest of the state in

ne peut être déterminée que par référence à ces règles [. . .] Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, les règles de courtoisie internationale posent tout simplement que chaque État souverain doit s'abstenir de réprimer des agissements sur le territoire d'un autre État si ces agissements n'ont aucun effet sur son territoire.

Voir aussi *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, au par. 29.

Sur le plan international, l'importance des effets d'activités exercées sur le territoire d'un autre État a également été reconnue comme étant un facteur. C'est d'ailleurs ce qui se dégage de l'*Affaire du «Lotus»*, précitée, à la p. 23:

Par contre, il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets.

La doctrine en droit international semble unanime à reconnaître le «principe de la territorialité objective», qui permet à l'État d'attacher des conséquences juridiques à des actes accomplis hors de son territoire si ces actes ont des effets importants sur lui (Brownlie, *op. cit.*, à la p. 301; Hugh M. Kindred *et al.*, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (5^e éd. 1993), aux pp. 431 et 432; Arbour, *op. cit.*, aux pp. 236 et 237; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public* (2^e éd. 1995), à la p. 350; Louis Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials* (2^e éd. 1987), à la p. 826; Michael Akehurst, «Jurisdiction in International Law» (1972-1973), 46 *B.Y.I.L.* 145, à la p. 154; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), à la p. 262). La formulation du principe objectif varie chez ces juristes, mais leur approche est fondamentalement la même. Bien que le principe objectif soit inattaquable en tant que principe, il est reconnu que lorsque les intérêts de l'État du for sont moins importants que ceux de l'État où se

which the events take place, then the objective principle no longer authorizes asserting jurisdiction. When this is the case, the forum state engages in an impermissible extraterritorial application of its laws. This approach is encapsulated in the following passage:

[TRANSLATION] Although the doctrine of “territoriality” has sometimes taken extreme forms leading to the claim that states have unlimited jurisdiction within their territory to make the activities of persons therein, for whatever reason, subject to their laws, it has generally been relaxed, particularly in modern times, to allow for a “reasonable connection” test and to hold for example that a state cannot exercise its legislative jurisdiction to govern the conduct of subjects within its territory if in so doing it infringes on the legislative jurisdiction of a state to which the matter is more clearly connected. . . . [Emphasis added.]

See Combacau and Sur, *supra*, at p. 350.

136

Thus, whether there is an extraterritorial application of law depends to a large extent on whether there is a conflict between the two legal systems engaged. If there is a conflict, then a state with a reasonable connection to the events, or, where two states have a reasonable connection to the events, the state which is most clearly connected to the events, may properly assume jurisdiction under international law principles. Further, a conflict between the legal systems giving rise to extraterritoriality may also arise because the remedies ordered by a court purport to interfere with rights which exist under another legal system (Brownlie, *supra*, at pp. 307-8, referring to *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), and *U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 133 F.Supp. 40 (1955), 134 F.Supp. 710 (1955)). Thus, the objective territorial principle will give way to an impermissible extraterritoriality on the basis of two factors: first, a conflict between the application of the two legal systems; and second, where there is a conflict, the application by a state of its laws without any, or with a lesser, real and substantial connection to the events in question.

produisent les actes en question, ce principe n'autorise plus l'affirmation de la compétence. Autrement il y aurait application extraterritoriale inacceptable des lois de l'État du for. Cette approche est résumée dans le passage suivant:

La thèse «territorialiste» a pu prendre des formes extrêmes conduisant à affirmer que les États ont sur leur territoire une compétence sans bornes pour soumettre à leurs lois les activités des personnes qui s'y trouvent, à quelque titre que ce soit; mais elle se modère en général, surtout à l'époque contemporaine, pour proposer des critères de «rattachement raisonnable» et soutenir par exemple que l'État ne saurait exercer sa compétence législative pour régir les conduites des sujets sur son territoire s'il empiète ce faisant sur la compétence législative d'un État auquel la question serait plus manifestement rattachée . . . [Je souligne.]

Voir Combacau et Sur, *op. cit.*, à la p. 350.

Ainsi, l'application extraterritoriale de la loi dépend dans une large mesure de la question de savoir s'il y a conflit entre les deux systèmes de droit. En cas de conflit, l'État auquel se rattachent raisonnablement les événements en question ou, si ceux-ci se rattachent raisonnablement aux deux États, celui auquel ils sont le plus manifestement rattachés, peut légitimement exercer sa compétence en application des principes du droit international. Par ailleurs, il peut y avoir aussi conflit entre deux systèmes de droit tel que se poserait la question d'extraterritorialité dans le cas où la réparation ordonnée par un tribunal prétendrait empiéter sur les droits reconnus dans l'autre système (Brownlie, *op. cit.*, aux pp. 307 et 308, citant *U.S. c. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), et *U.S. c. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 133 F.Supp. 40 (1955), 134 F.Supp. 710 (1955)). Par conséquent, le principe de la territorialité objective fait place à une application extraterritoriale inacceptable dans deux cas: en premier lieu, lorsqu'il y a un conflit entre les deux systèmes de droit et, en second lieu, en cas de conflit, lorsque l'État applique ses propres lois à des événements avec lesquels son rattachement est dénué de tout caractère réel et important ou est plus faible.

In the case of laws which require or forbid particular behaviour, there is a serious danger of conflict between two legal systems. If one legal system requires a person to do a certain thing, and another legal system requires a person not to do that thing, then there is a clear conflict and the possibility of extraterritorial application of domestic law is significant. Criminal sanctions are of such a type and, therefore, international law requires that concurrent claims to jurisdiction be carefully circumscribed to ensure that a state purporting to assume jurisdiction over events occurring abroad has a significant connection, or in the case of conflict with another jurisdiction, the most significant connection to the events in question.

These principles suggest that it is necessary to evaluate the nature of the *Charter* guarantees, in particular those contained in ss. 7-14 in issue in this case, to determine whether there is a similar possibility of conflict with a foreign legal system. In this context, the words of Dickson J. in *Hunter*, *supra*, at pp. 156-57, are again highly significant:

[The *Charter*'s] purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. In the present case this means, as Prowse J.A. pointed out, that in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure, on these governments. [Emphasis added.]

The legal rights contained in the *Charter* qualify and condition the exercise of powers by government officials. In the context of police investigations, the guarantees of the Legal Rights section of the *Charter* are not imperative in the sense of being a command to do a particular thing. Rather, those rights ensure that if the government chooses to conduct an investigation, it must observe certain rules.

Dans le cas de lois qui prescrivent ou interdisent tel ou tel acte, il y a un risque sérieux de conflit entre deux systèmes de droit. Si l'un prescrit à une personne de faire quelque chose, et que l'autre le lui interdise, il y a un conflit manifeste et possibilité sérieuse d'application extraterritoriale de la loi nationale. Les sanctions pénales entrent dans cette catégorie et, par conséquent, le droit international exige que les revendications concurrentes de compétence soient soigneusement délimitées afin de garantir que les faits survenus à l'étranger soient rattachés de façon significative à l'État qui prétend les régir ou, en cas de conflit avec un autre État, qu'ils soient rattachés de la façon la plus significative à l'État qui prétend les régir.

Il résulte de ces principes qu'il est nécessaire d'évaluer la nature des garanties de la *Charte*, en particulier celles que prévoient les art. 7 à 14 qui sont en jeu en l'espèce, pour décider s'il y a une pareille possibilité de conflit avec le système de droit étranger. À cet égard, il y a lieu de rappeler les propos du juge Dickson dans *Hunter*, précité, aux pp. 156 et 157:

[Le but de la *Charte*] est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. En l'espèce, cela signifie, comme l'a fait remarquer le juge Prowse de la Cour d'appel, qu'en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables». [Je souligne.]

Les garanties juridiques prévues par la *Charte* délimitent et modulent l'exercice des pouvoirs par les fonctionnaires du gouvernement. Dans le contexte des enquêtes policières, elles ne sont pas impératives au sens d'ordonner de faire quelque chose. Elles garantissent plutôt le respect de certaines règles si le gouvernement décide de mener une enquête.

Does Section 32(1) Create an Extraterritorial Effect?

139

With these principles in place, it is considerably easier to address the issues raised in this appeal. First and foremost, there is a real and substantial connection between the investigation taking place abroad and the *Charter* simply by virtue of the fact that Canadian officials are involved. Whatever the reason for their entry into the foreign jurisdiction, and whatever the extent of their powers while in the foreign jurisdiction, they are an official Canadian government presence in the other state. This alone constitutes a real and substantial connection with Canadian law. Nor can this connection be equated with nationality, which is a distinct basis of jurisdiction in international law (Arbour, *supra*, at pp. 238-40; Kindred *et al.*, *supra*, at p. 432). The general rule of international law is that states are free to define nationality as they wish, as long as there is at least a minimum threshold of connection between the individual and the state (*International Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (Hague Convention on Conflict of Nationality Laws)*, Can. T.S. 1937 No. 7, art. 1). The minimum threshold in any particular case is assessed having regard to whether those connections are sufficient to warrant exercising diplomatic protection over the individual *vis-à-vis* some other state. In determining whether the minimum threshold for nationality has been met in international law include:

... the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, the attachment shown by him for a given country and inculcated in his children, etc.

(See *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955*: I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 22.) From the perspective of international law, only one of the factors listed here relates to appurtenance to the government of a state. It is quite likely that government service would not be a sufficient connection where links to another state — such as residence — were present. Thus, government officials

Le paragraphe 32(1) a-t-il des effets extraterritoriaux?

Une fois ces principes énoncés, il est bien plus facile d'examiner les points litigieux en l'espèce. En tout premier lieu, l'enquête à l'étranger et la *Charte* sont rattachées de façon réelle et importante du seul fait que des fonctionnaires canadiens y participaient. Quelle que soit la raison pour laquelle ils se sont rendus dans l'État étranger, et quelle que soit l'étendue de leurs pouvoirs pendant qu'ils s'y trouvaient, il s'agit d'une présence officielle d'un gouvernement canadien sur le territoire de cet État. Cette présence suffit pour constituer un rattachement réel et important avec la loi canadienne. Ce rattachement ne peut pas être assimilé non plus à la nationalité, qui est un fondement distinct de compétence en droit international (Arbour, *op. cit.*, aux pp. 238 à 240; Kindred *et al.*, *op. cit.* à la p. 432). La règle générale en droit international pose qu'il est loisible aux États de définir la nationalité comme bon leur semble, à condition qu'il y ait un rattachement minimum entre l'individu et l'État (*Convention internationale concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité*, signée à La Haye, R. T. Can. 1937 n° 7, art. 1). Le seuil minimum est évalué dans chaque cas compte tenu de la question de savoir si le rattachement est suffisant pour justifier la protection diplomatique de l'individu *vis-à-vis* d'un autre État. Parmi les facteurs à prendre en compte pour juger si le seuil minimum est respecté en matière de nationalité en droit international, citons:

... le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.

(Voir l'*Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955*, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la p. 22.) Du point de vue du droit international, un seul des facteurs ci-dessus a trait à l'appartenance au gouvernement d'un État. Il est tout à fait probable que l'exercice d'une fonction au sein du gouvernement ne constituerait pas un facteur de rattachement suffisant lorsque des liens, par exemple la résidence, permettent un rattachement à un autre État. Par conséquent, il se peut fort bien que le fait

may well not be included within the range of circumstances in which nationality may be asserted.

In any event, Canadian law does not purport to extend nationality or diplomatic protection on the basis of government service. Indeed “nationality” is not defined in the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29. However, the term has been interpreted by courts of this country in interpreting the Canadian definition of “national” used in the Schedule E of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as am. by R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), which states that:

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

Lorne Waldman, in his work *Immigration Law and Practice* (1992 (loose-leaf)), vol. 1, at § 8.217.4, identifies four factors relevant to Canadian law:

- (a) the right to return to the country of residence;
- (b) the right to work freely without restrictions;
- (c) the right to study; and
- (d) full access to social services in the country of residence.

These criteria were adopted in *Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241, *per* Teitelbaum J., at para. 36, where it was said:

I accept the criteria outlined by Mr. Waldman as an accurate statement of the law. The issue with respect to the Board’s application then really turns on whether or not it was reasonably open for the Board, on the facts before it, to conclude that the applicant was a person recognized by the competent authorities in Mexico as having most of the rights and obligations which are attached to a person of that nationality.

(See also *Kanesharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 120 F.T.R. 67,

d’être un fonctionnaire du gouvernement ne compte pas parmi les circonstances où la nationalité peut être affirmée.

Quoi qu’il en soit, la loi canadienne ne prétend pas attribuer la nationalité ni accorder la protection diplomatique en raison de l’exercice d’une fonction au sein du gouvernement. En effet, le mot «nationalité» n’est pas défini dans la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29. Cependant, les tribunaux ont interprété ce terme dans le contexte de la section E de l’article premier de la Convention, reproduite dans l’annexe de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, mod. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), comme suit:

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

Dans son ouvrage *Immigration Law and Practice* (1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, au n^o 8.217.4, Lorne Waldman énonce les quatre facteurs applicables en droit canadien:

[TRADUCTION]

- a) le droit de retourner dans le pays de résidence;
- b) le droit de travailler librement sans restrictions;
- c) le droit de poursuivre ses études;
- d) le plein accès aux services sociaux dans le pays de résidence.

Ces critères ont été adoptés dans *Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241, motifs du juge Teitelbaum, au par. 36, en ces termes:

J’accepte les critères exposés par M. Waldman comme étant un énoncé exact du droit. La question en litige relative à l’application par la Commission de ces critères porte donc en définitive sur la question de savoir s’il était loisible à la Commission, compte tenu des faits établis devant elle, de conclure que le requérant était une personne que les autorités compétentes du Mexique reconnaissaient comme ayant la plupart des droits et obligations d’une personne de la nationalité mexicaine.

(Voir aussi *Kanesharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 120

per Heald D.J., at para. 16.) I acknowledge on the facts of this case that it is highly likely that these two officers happen to enjoy the right of return to Canada and the other rights enumerated in *Shamlou, supra*. However, there is no conclusive evidence to this effect, nor can it be presumed in other cases that all officers of the Canadian state enjoy the status of nationality. The application of the nationality principle to *Charter* violations by police officers would assert jurisdiction by happenstance, and based on criteria irrelevant to their actual status. Under these circumstances, I consider the application of the nationality principle to Canadian police officers abroad to be irrelevant.

F.T.R. 67, motifs du juge Heald, au par. 16.) À la lumière des faits de la cause, j'estime qu'il est très probable que ces deux policiers jouissent du droit de retourner au Canada ainsi que des autres droits énumérés dans *Shamlou, précité*. Cependant, aucune preuve concluante en ce sens n'a été présentée; on ne peut pas présumer non plus, dans d'autres cas, que tous les agents de l'État canadien ont la nationalité canadienne. Appliquer le principe de la nationalité aux violations de la *Charte* par des policiers canadiens, ce serait affirmer la compétence de façon fortuite, sur le fondement de critères n'ayant aucun rapport avec leur statut véritable. Dans ces conditions, j'estime que l'application du principe de la nationalité dans le cas de policiers canadiens se trouvant à l'étranger n'est pas pertinente.

141 A finding of real and substantial connection does not alone resolve the international law question, however. It still remains to be seen whether the application of the *Charter* interferes with the jurisdictional integrity of the host state, and whether that state has a more real and substantial connection to the events, so as to displace the presumed jurisdiction of Canadian law.

La conclusion à l'existence d'un facteur de rattachement réel et important ne résout cependant pas à elle seule la question de droit international. Reste encore à savoir si l'application de la *Charte* empiète sur la compétence de l'État d'accueil et si les faits en question sont rattachés à ce dernier par un lien plus réel et important, de manière à écarter la compétence présumée de la loi canadienne.

142 There are three factors particularly relevant to this analysis. First, the terms of s. 32(1) do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials, or to the exercise of powers authorized by a foreign legal authority. The *Charter* only applies to Canadian police officials acting abroad. There can be no suggestion, therefore, that the *Charter* creates any legal consequences whatsoever for a foreign agent or for the application of foreign law.

Les facteurs dont il faut tenir compte en particulier dans cette analyse sont au nombre de trois. En premier lieu, les termes du par. 32(1) n'étendent pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers ni à l'exercice de pouvoirs autorisés par une loi de l'État étranger. La *Charte* ne s'applique qu'aux actes des policiers canadiens agissant à l'étranger. On ne saurait donc dire qu'elle produit quelque effet juridique que ce soit sur les agents de l'État étranger ni sur l'application de la loi étrangère.

143 Second, the nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Thus, if there is a rule of investigation in the foreign jurisdiction that directly contradicts a *Charter* provision, there is still no conflict. The reason for this is that the *Charter* does not impose any obligation to investigate; it simply requires that if an investigation is made by the officer, it must be conducted in accor-

En deuxième lieu, les droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d'enquête expressément prévues. Donc, si une règle d'enquête en vigueur dans l'État étranger va directement à l'encontre d'une disposition de la *Charte*, il n'y a toujours pas de conflit parce que la *Charte* ne rend aucune enquête obligatoire; elle prévoit simplement que s'il y a enquête, celle-ci doit respecter

dance with certain conditions. It follows from this, moreover, that the application of the *Charter* to the Canadian official has no impact on the foreign legal system. At worst, the Canadian official may be obliged to cease taking a directing or primary role in the investigation in order to comply with the *Charter*. While some might view this consequence as regrettable, it does not raise any issues of extraterritoriality in international law. The mere fact that the Canadian police officer directing an investigation will be required to adopt the procedures of his or her colleagues in another country in order to pursue his or her investigation does not amount to a constraint to pursue the investigation as such, which would amount to a conflict. Nor can the foreign official (as opposed to the Canadian official) be characterized as being indirectly bound by the *Charter* in the course of a cooperative investigation. If, for example, the foreign official is bound by a rule of his or her legal system prohibiting the provision of a lawyer, there is nothing in the application of the *Charter* to his or her Canadian colleagues which fetters that official's ability to abide by the rules defined by his or her legal system by refusing their request.

Third, the nature of the juridical consequences prescribed by the legal system of the forum do not raise any problems of extraterritoriality. The only remedy prescribed by the *Charter* for a breach of ss. 7-14 is contained in s. 24. Although the remedies are theoretically unlimited, in practice the remedy which will be claimed in cases involving *Charter* breaches during police investigations conducted abroad will be, as in this case, a ruling that the evidence be excluded from a trial in Canada. This remedy has no extraterritorial implications whatever. It only affects the conduct of a Canadian trial which, *ex hypothesi*, is being conducted in Canada, because there is an appropriate basis for the assertion of criminal jurisdiction — that is to say, a real and substantial connection to Canada. Usually, as in this case, that real and substantial connection is constituted by the commission in Canada of a criminal offence which was the initial impetus for Canadian officials' travelling abroad in order to conduct their investigation. The only legal consequence for the *Charter* breach is that

certaines conditions. Il s'ensuit en outre que l'application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens n'a aucune incidence sur le système de droit étranger. Au pis aller, le fonctionnaire canadien peut être obligé de cesser de jouer un rôle principal ou directeur dans l'enquête afin de se conformer à la *Charte*. Certains pourront trouver pareille conséquence regrettable, mais elle ne suscite aucun problème d'extraterritorialité en droit international. Le simple fait que le policier canadien dirigeant une enquête soit tenu d'adopter à cette fin les procédures de ses homologues dans le pays étranger, ne signifie pas qu'il soit contraint de la poursuivre en tant que telle, ce qui constituerait un conflit. On ne peut pas dire non plus que le fonctionnaire étranger (par opposition au fonctionnaire canadien) soit tenu indirectement de se conformer à la *Charte* dans le cours d'une enquête fondée sur la collaboration. Si, par exemple, le fonctionnaire étranger est tenu de respecter une règle du système de droit de son pays qui interdit de mettre un avocat à la disposition du suspect, l'application de la *Charte* à ses homologues canadiens n'entrave en rien son aptitude à se conformer à cette législation et à rejeter leur demande.

En troisième lieu, la nature des conséquences juridiques prévues par le système de droit du for ne présente aucun problème d'extraterritorialité. La seule réparation prévue par la *Charte* en cas de violation de ses art. 7 à 14 se trouve en son art. 24. Bien que les réparations soient en théorie illimitées, la seule qui soit demandée dans les faits pour violation de la *Charte* au cours d'enquêtes policières menées à l'étranger, sera, comme en l'espèce, l'exclusion de la preuve recueillie au cours du procès tenu au Canada. Cette réparation n'a absolument aucune incidence extraterritoriale. Elle ne concerne que la conduite d'un procès canadien qui, par hypothèse, se tiendrait au Canada, parce qu'il y a un fondement valide pour une affirmation de la compétence pénale, savoir un facteur de rattachement réel et important au Canada. Habituellement, comme c'est le cas en l'espèce, ce facteur de rattachement réel et important est la commission au Canada d'une infraction criminelle et c'est aussi la raison pour laquelle les policiers canadiens se sont rendus à l'étranger pour effectuer leur

the evidence will not be admitted into the defendant's trial. It may be suggested that there are other remedies available in the nature of civil damages. In my view, if such a case were to come forward, it would be dealt with according to conflict of law principles governing such claims, and does not raise any novel issues pertaining to extraterritoriality.

- 145 For these reasons, the application of the *Charter* to Canadian officials abroad as prescribed by s. 32(1) does not conflict with any principle of territorial jurisdiction. There is no need, therefore, in this case to apply the special rule of statutory interpretation that Parliament normally intends to conform with international law.

Would a Conflict with International Law Compel Limiting the Charter Right?

- 146 In this case, it is argued that jurisdictional rules of international law limit the extent of duly recognized *Charter* rights.

- 147 Given the position and significance of the *Charter* in our society, and its supremacy in our legal order, I have grave misgivings that such an approach should be accepted without close scrutiny, and I would guard against any reading of these reasons which lends support to that proposition. In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 366-67, Estey J. stated:

The *Charter* comes from neither level of the legislative branches of government but from the Constitution itself. It is part of the fabric of Canadian law. . . . With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

enquête. La seule conséquence juridique de la violation de la *Charte* est que les preuves recueillies ne seront pas admissibles au procès du défendeur. Certains pourront dire qu'il y a d'autres réparations comme les dommages-intérêts civils. À mon avis, une telle demande serait jugée conformément aux principes relatifs au conflit de lois en la matière et elle ne soulève pas de questions nouvelles en ce qui concerne l'extraterritorialité.

Pour ces motifs, l'application de la *Charte* aux policiers canadiens à l'étranger, telle que la prescrit le par. 32(1), ne se heurte à aucun principe de compétence territoriale. Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce d'appliquer la règle spéciale d'interprétation des lois suivant laquelle le législateur entend normalement se conformer au droit international.

Un conflit avec le droit international obligerait-il à limiter le droit garanti par la Charte?

En l'espèce, il a été soutenu que les règles du droit international en matière de compétence limitent l'étendue des droits dûment reconnus par la *Charte*.

Étant donné la place et l'importance de la *Charte* dans notre société, et sa suprématie dans l'ordre juridique canadien, je doute fort que pareille approche puisse être acceptée sans analyse approfondie, et je ferais une mise en garde contre toute interprétation des présents motifs dans un sens favorable à cette thèse. Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 et 367, le juge Estey a fait l'observation suivante:

La *Charte* ne tire pas son origine de l'un ou l'autre niveau de compétence législative du gouvernement, mais de la Constitution elle-même [. . .] La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. stated, at p. 344:

In my view [the purposive interpretation of the *Charter*] is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* . . . illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

In my view, using international law as an interpretative aid in defining the content of the various rights in the *Charter* is an entirely different exercise from using non-human rights aspects of international law to circumscribe the *Charter* as a whole. Even when the application of those *Charter* rights directly conflicts with non-human rights principles of international law, the usual presumption that Parliament intends to legislate in conformity with international law should not be applied automatically. The *Charter* is a "new yardstick of reconciliation between the individual and the community" (*Skapinker, supra*, at p. 366); indeed, it is an expression of the fundamental relations between the individual and the state which is the principle legal organ of the society of which that individual is a part. That an interpretation of such rights might place the state in violation of its international law obligations should be accorded less weight than, in the case of a mere statute, an expression of the legislative will of the state as it may exist from time to time.

Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson a déclaré ce qui suit, à la p. 344:

À mon avis, il faut faire cette analyse [téléologique de la *Charte*] et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* [. . .], elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

À mon avis, c'est une chose de recourir au droit international à titre d'outil d'interprétation pour définir le contenu des divers droits garantis par la *Charte* et c'en est une autre de recourir aux règles de droit international qui ne concernent pas les droits de la personne pour circonscrire ce texte dans son ensemble. Même lorsque l'exercice des droits garantis par la *Charte* se heurte directement aux principes de droit international ne concernant pas les droits de la personne, la présomption classique que le législateur entend légiférer conformément aux règles de droit international ne devrait pas être appliquée mécaniquement. La *Charte* est «un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société» (*Skapinker, précité*, aux pp. 366 et 367); en effet, elle est l'expression des rapports fondamentaux entre l'individu et l'État, qui est le principal organe légal de la société dont fait partie l'individu. Que l'interprétation des droits en question puisse mettre l'État en situation de conflit avec ses obligations au regard du droit international doit avoir moins de poids que, s'il s'agit d'une simple loi, l'expression de la volonté législative de l'État.

148 The application of these principles do not arise on the facts of this case. However, even if s. 32(1) were to conflict with some aspect with international law, I emphasize here that the presumption of statutory interpretation that Parliament intended to legislate in conformity with international law must be applied with great care in the *Charter* context. The *Charter* is the fundamental expression of the minimum obligations owed to individuals in our society; I would not be inclined to accept that Canada's international law obligations could truncate rights defined by the *Charter*.

Policy Arguments

149 Several policy arguments were presented to the Court by the intervener Attorney General of Canada which merit attention. First, I observe that many of the legal rights contained in ss. 7-14 of the *Charter* depend upon contextual factors. The standard required for compliance with those guarantees may depend to some degree on the legal system where the accused is being investigated (*Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, *per* Lamer C.J., at para. 24). Thus, it would be incorrect to assert that the *Charter* is entirely insensitive to local conditions in which the investigating officer may be acting.

150 Second, it was argued that the application of the *Charter* to Canadian officials abroad would lead to an unmanageable complexity in knowing the rules by which they are bound. This argument is unconvincing. Canadian police officials are fully aware of their *Charter* obligations. The fact that they are operating abroad makes it no more difficult than in Canada to be aware of their obligations under the *Charter*. As is clear from the discussion above, there is no question of a "conflict" between foreign procedures and Canadian procedures. If the compulsory foreign procedure adopted falls below the standard required by the *Charter*, then the Canadian officials may not take a directing or primary role in the part of the investigation involving those

La question de l'application de ces principes ne se pose pas au regard des faits de la présente espèce. Cependant, même si le par. 32(1) devait entrer en conflit avec certains principes de droit international, je tiens à souligner ici que la présomption en matière d'interprétation des lois selon laquelle le législateur entend légiférer en conformité avec le droit international doit être appliquée avec grande prudence dans le contexte de la *Charte*. Ce texte est l'expression fondamentale des obligations minimales dont l'individu peut réclamer le respect dans notre société; je ne serais pas disposé à accepter que les obligations du Canada ressortissant au droit international puissent rogner sur les droits garantis par la *Charte*.

Arguments tirés de considérations de politique générale

L'intervenant, le procureur général du Canada, a avancé plusieurs arguments tirés de considérations de politique générale qui méritent d'être examinés. En premier lieu, je note que nombre des garanties juridiques prévues aux art. 7 à 14 de la *Charte* sont subordonnées à des facteurs contextuels. La norme à respecter pour se conformer à ces garanties peut dépendre dans une certaine mesure du système de droit dans le cadre duquel l'accusé est soumis à l'enquête (*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, motifs du juge en chef Lamer, au par. 24). Il serait donc faux de dire que la *Charte* fait complètement abstraction des conditions locales dans lesquelles agit l'enquêteur.

En deuxième lieu, l'intervenant soutient que l'application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens se trouvant à l'étranger entraînerait un niveau de complexité insurmontable en raison de la nécessité de connaître les règles qu'ils sont tenus d'observer. Cet argument n'est pas convaincant. Les policiers canadiens connaissent bien les obligations que leur impose la *Charte*. Le fait qu'ils soient en mission à l'étranger ne rend pas cette connaissance plus difficile qu'au Canada. Ainsi qu'il ressort de l'analyse qui précède, il n'est nullement question de «conflict» entre les règles de procédure de l'État étranger et les règles de procédure canadiennes. Si la procédure obligatoire de l'État étranger accorde une protection inférieure à

techniques. In essence, they may not exercise, even when invited to do so by the foreign authority, the powers purportedly conferred on them by the foreign investigatory procedures. This is no more complex than the obligation imposed by the *Charter* within Canada.

Third, evidence obtained as a result of a *Charter* breach is not automatically excluded at the trial of a defendant. Such evidence is only excluded under s. 24(2) where “it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. The provision ensures that circumstances in the foreign country may be taken into account in determining whether the evidence should be admitted notwithstanding the breach of the *Charter*.

Fourth, even if there are some exceptional examples of extreme inconvenience to Canadian police in conducting investigations abroad, this is not a compelling argument for asserting that the s. 32(1) violates international law principles of territoriality. If circumstances in a foreign state make it inconvenient or difficult for Canadian officials to comply with the *Charter*, then the fault lies primarily with the conditions within that state, and not with the stringency or over-extension of *Charter* rights.

Conclusion

As stated at the outset, I agree with the analysis of Cory and Iacobucci JJ. with regard to the existence of a *Charter* breach and the application of s. 24(2) of the *Charter* in the instant case. I would therefore allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

celle de la norme imposée par la *Charte*, les policiers canadiens ne peuvent pas diriger la partie de l'enquête qui y est soumise, ni y jouer le rôle principal. Pour l'essentiel, même à la demande des autorités de l'État étranger, ils ne peuvent pas exercer les pouvoirs que prétendent leur conférer les méthodes d'enquête de cet État. Voilà qui n'est pas plus compliqué que l'obligation imposée par la *Charte* sur le territoire du Canada.

En troisième lieu, les preuves recueillies en violation de la *Charte* ne sont pas exclues automatiquement au procès du défendeur. Elles ne sont écartées en application du par. 24(2) que «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Cette disposition garantit que les circonstances existant dans le pays étranger peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer s'il y a lieu d'utiliser les preuves recueillies malgré la violation de la *Charte*.

En quatrième lieu, même s'il y a des exemples de cas exceptionnels où la conduite d'enquêtes à l'étranger s'est avérée extrêmement difficile, il ne s'agit pas là d'un argument irrésistible permettant d'affirmer que le par. 32(1) va à l'encontre du principe de la territorialité en droit international. Si les circonstances propres à l'État étranger sont telles qu'il est peu pratique ou difficile pour les policiers canadiens de se conformer à la *Charte*, cela tient principalement aux conditions régnant dans cet État, et non à la rigueur ou à la portée excessive des droits garantis par la *Charte*.

Conclusion

Comme je l'ai dit au tout début, je suis d'accord avec l'analyse des juges Cory et Iacobucci en ce qui concerne l'existence d'une violation de la *Charte* et l'application de son par. 24(2) en l'espèce. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

151

152

153

Solicitors for the appellant: Cobb, McCabe & Co., Vancouver.

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

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

Procureurs de l'appelant: Cobb, McCabe & Co., Vancouver.

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

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

D.D.W. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta Intervenors

INDEXED AS: R. v. W. (D.D.)

File No.: 25970.

1998: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Adoption records — Right to fair trial.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 90 B.C.A.C. 191, 147 W.A.C. 191, 114 C.C.C. (3d) 506, dismissing the accused's appeal from his convictions by a jury for incest, rape and indecent assault. Appeal dismissed.

Charles Lugosi, Russel W. Cornett and Craig Sicotte, for the appellant.

William F. Ehrcke, Q.C., for the respondent.

Nancy L. Irving, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Barlett-Hughes and Susan M. Chapman, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

D.D.W. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. W. (D.D.)

N° du greffe: 25970.

1998: 15 octobre.

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

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

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Dossiers d'adoption — Droit à un procès équitable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 90 B.C.A.C. 191, 147 W.A.C. 191, 114 C.C.C. (3d) 506, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre les déclarations de culpabilité d'inceste, de viol et d'attentat à la pudeur prononcées contre lui par un jury. Pourvoi rejeté.

Charles Lugosi, Russel W. Cornett et Craig Sicotte, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'intimée.

Nancy L. Irving, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Barlett-Hughes et Susan M. Chapman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

George H. Copley, Q.C., 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.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ GONTHIER J. — We are all of the view that the appeal must be dismissed for the reasons of Chief Justice McEachern and Justice Hall on the issues before us other than the indivisibility of the Crown and that it is unnecessary to deal with the latter.

² As we find no violation of the appellant's right to a fair trial, it is also unnecessary to answer the constitutional questions.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lugosi & Cornett, Prince George.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

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

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

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

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

George H. Copley, c.r., 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.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté pour les raisons du juge en chef McEachern et du juge Hall en ce qui concerne les questions dont nous sommes saisis, sauf celle de l'indivisibilité de la Couronne qu'il n'est pas nécessaire d'examiner.

Comme nous ne constatons aucune violation du droit de l'appelant à un procès équitable, il n'est pas nécessaire non plus de répondre aux questions constitutionnelles.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Lugosi & Cornett, Prince George.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

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

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

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

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

John Michael Lauda *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAUDA

File No.: 26444.

1998: October 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Trespasser growing marijuana in abandoned fields — Plants seized pursuant to warrant issued after police given tip — Search and seizure not unconstitutional because trespasser without reasonable expectation of privacy.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 37 O.R. (3d) 513, 106 O.A.C. 161, 122 C.C.C. (3d) 74, 13 C.R. (5th) 20, [1998] O.J. No. 71 (QL), allowing an appeal from acquittal by Laing Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Clayton C. Ruby and Jill Copeland, for the appellant.

Croft Michaelson and John North, for the respondent.

John Michael Lauda *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAUDA

N° du greffe: 26444.

1998: 16 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Intrus cultivant de la marijuana dans des champs abandonnés — Plants saisis en vertu d'un mandat décerné à la suite d'informations données aux policiers — Perquisition et saisie valides pour le motif que l'intrus n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 37 O.R. (3d) 513, 106 O.A.C. 161, 122 C.C.C. (3d) 74, 13 C.R. (5th) 20, [1998] O.J. No. 71 (QL), ayant accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Laing de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Clayton C. Ruby et Jill Copeland, pour l'appelant.

Croft Michaelson et John North, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

¹ CORY J. — We are all of the view that on the facts of this case the appellant, a trespasser in the fields in question, had no reasonable expectations of privacy. The decisions of this Court in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, and *R. v. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, are applicable. It follows that it is not necessary to consider s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Nor do we find any merit in the alternative argument that there was a breach of s. 7 or 11(d) of the *Charter*. The appeal is therefore dismissed.

LE JUGE CORY — À la lumière des faits du présent cas, nous sommes tous d'avis que l'appelant, qui était un intrus dans les champs en question, n'avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Les arrêts de notre Cour *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, et *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, s'appliquent en l'espèce. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous sommes également d'avis que l'argument selon lequel il y aurait eu violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte* est sans fondement. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Toronto.

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

INDEX

AGENCY

Supply agreement — Licensed party to obtain patented bulk medicine for unlicensed party — Whether licensed party acting as agent of unlicensed party in carrying out contractual obligations.

ELI LILLY & CO. V. NOVOPHARM LTD., 129.

CIVIL LIABILITY

Delictual liability — Municipality — Police officers — Prescription — Interference with personal inviolability and dignity — Compensatory damages — Exemplary damages — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action prescribed — If not, whether police officers and town liable for damage caused to victim — Whether police officers and town should be ordered to pay compensatory and exemplary damages — Quantum of damages — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1054 para. 7 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 4, 49 para. 2.

GAUTHIER V. BEAUMONT, 3.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC, 217.

2. Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC, 217.

3. Estates — Executors and administrators — Probate fees — Provincial regulation providing for probate fee based on value of estate administered — Whether probate levy a fee or a tax — Whether ad valorem levy ultra vires on ground that it is an indirect tax — Whether ad valorem levy invalid on ground that it was imposed by body other than provincial legislature — O. Reg.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

293/92, s. 2(1) — Administration of Justice Act, R.S.O. 1990, c. A.6, s. 5 — Constitution Act, 1867, ss. 53, 54, 90, 92(2).

EURIG ESTATE (RE), 565.

4. Charter of Rights — Extraterritorial application — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly infringed — Whether the Charter applies to the taking of the accused's statement in the United States by Canadian police for a criminal prosecution to take place in Canada — If so, whether the Charter was breached — If a breach occurred, whether the statement should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2), 32(1).

R. v. COOK, 597.

5. Charter of Rights — Search and seizure — Trespasser growing marijuana in abandoned fields — Plants seized pursuant to warrant issued after police given tip — Search and seizure not unconstitutional because trespasser without reasonable expectation of privacy.

R. v. LAUDA, 683.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC, 217.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Post-offence conduct — Charge to jury — Accused charged with first degree murder — Accused fleeing jurisdiction, running from police and attempting to dispose of murder weapon after victim was killed — Whether trial judge should have instructed jury that post-offence conduct had no probative value — Whether trial judge should have instructed jury to apply

CRIMINAL LAW—Continued

reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

R. v. WHITE, 72.

2. Charge to jury — Evidence of post-offence conduct — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.

R. v. MÉNARD, 109.

3. Charge to jury — Format — Splitting of jury charge over course of trial — Distribution of transcripts of charge to jury — Whether format of jury charge or distribution of transcripts gave rise to reversible error.

R. v. MÉNARD, 109.

4. Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether non-disclosure of HIV status can constitute fraud vitiating partner's consent to sexual intercourse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268.

R. v. CUERRIER, 371.

5. Evidence — Confessions — Accused admitting crime to complainant and her parents when confronted by them — Accused held at knife-point after making statement — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

R. v. HODGSON, 449.

6. Evidence — Confessions — Parents of victims of sexual assault consulting with police and deciding to trick accused into confession — Statement made to parent wielding knife and making death threat — Out-of-court statement admitted without voir dire and without objection by defence counsel — Extent to which person in authority requirement should remain part of confessions rule — Whether voir dire should have been held to determine whether statements made to person in authority and whether statements made voluntarily — Whether onus always rests on defence to request voir dire — If not, circumstances under which trial judge should hold voir dire — Evidence which triggers trial judge's obligation to hold voir dire.

R. v. WELLS, 517.

CRIMINAL LAW—Concluded

7. Sexual offences — Evidence — Adoption records — Right to fair trial.

R. v. W. (D.D.), 681.

DAMAGES

Interest and additional indemnity — Action for damages brought six years after date of cause of action — Absolutely impossible in fact for plaintiff to act during this period owing to fault of defendants — Whether interest and additional indemnity may run from date of cause of action rather than from date action instituted — Whether Supreme Court Act provision relating to interest applicable — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 50.

GAUTHIER v. BEAUMONT, 3.

EVIDENCE

Admissibility — Canadian police officers interviewing suspect in the United States on suspicion of a murder committed in Canada — Charter right to counsel (s. 10(b)) allegedly infringed — Statement's admission sought to impeach credibility — Whether or not statement made at interview should be admitted.

R. v. COOK, 597.

FAMILY LAW

Guardianship — Right of access — Children in need of protection — Order awarding permanent guardianship to Minister of Health and Community Services — Whether order granting parents access can be made in conjunction with permanent guardianship order — Whether Court of Appeal erred in intervening in trial judge's decision to deny natural parents access to children.

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. L. (M.), 534.

INCOME TAX

1. Depreciable assets — Recapture of capital cost allowance — Rollover of assets into partnership — Bank subsidiary entering into partnership and transferring assets to it pursuant to rollover provision — Bank Act prohibiting banks from participating in partnerships — Provincial partnerships legislation providing for dissolution of partnership upon happening of event making it unlawful for business of firm to be carried on or for members of firm to carry it on in partnership — Whether partnership rendered

INCOME TAX—Concluded

invalid — If so, whether subsidiary liable for recapture of capital cost allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 13, 97(2) — Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

CONTINENTAL BANK LEASING CORP. V. CANADA, 298.

2. Taxable capital gains — Bank purporting to dispose of partnership interest — Whether gain from disposition of partnership interest capital gain or income gain — Whether Crown's alternative argument that Bank liable for recapture of capital cost allowance should be entertained.

CONTINENTAL BANK OF CANADA V. CANADA, 358.

INTERNATIONAL LAW

Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC, 217.

JUDGMENTS AND ORDERS

Suspension of judgment — Motion to extend period of suspension of judgment requested by Attorney General of Canada — Motion granted.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 443.

JURISDICTION

Declaratory relief — Whether declaration should issue as to patent holder's failure to show notice of allegation unjustified or that it was entitled to terminate compulsory licence — Whether appropriate to declare that supply agreement not constituting sublicense or transfer of compulsory licence.

ELI LILLY & CO. V. NOVOPHARM LTD., 129.

PATENTS

1. Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence terms

PATENTS—Concluded

grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third party a sublicense or having legal effect of creating a sublicense.

ELI LILLY & CO. V. NOVOPHARM LTD., 129.

2. Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA.

ELI LILLY & CO. V. NOVOPHARM LTD., 129.

3. Medicine — Reformulation of patented product — Bulk medicine reformulated into final-dosage form — Whether reformulation of patented product amounting to infringement of patent.

ELI LILLY & CO. V. NOVOPHARM LTD., 129.

4. Notice of allegation (NOA) — Proper date for assessing NOA — Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39.11, 39.14 — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1), (3), 6, 7.

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE), 193.

5. Infringement — Sublicensing — Licensee agreeing to supply patented medicine to unlicensed third party — Licence expressly prohibiting sublicensing — Breach of licence conditions grounds for termination of licence — Whether supply agreement between licence holder and third party a sublicense or having legal effect of creating a sublicense.

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE), 193.

PRESCRIPTION

Suspension — Absolute impossibility in fact to act — Psychological impossibility — Victim suspected of theft beaten, tortured and threatened with death by two police officers while detained at police station — Victim bringing action for damages six years later against police officers and town employing them — Whether action proscribed — Whether absolutely impossible in fact for victim to act because he feared for his life — Civil Code of Lower Canada, art. 2232 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

GAUTHIER V. BEAUMONT, 3.

INDEX

BREVETS

1. Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD., 129.

2. Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA.

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD., 129.

3. Médicament — Préparation sous une autre forme d'un produit breveté — Médicament en vrac préparé sous forme posologique définitive — La préparation sous une autre forme du produit breveté constitue-t-elle une violation de brevet?

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD., 129.

4. Avis d'allégation (ADA) — Date pertinente pour évaluer l'ADA — Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39.11, 39.14 — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1), (3), 6, 7.

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL), 193.

5. Contrefaçon — Sous-licence — Titulaire d'une licence acceptant de fournir un médicament breveté à un tiers non titulaire d'une licence — Licence interdisant expressément d'accorder une sous-licence — Violation des conditions de la licence justifiant son annulation — L'accord d'approvisionnement intervenu entre le titulaire d'une licence et un tiers constitue-t-il une sous-licence ou a-t-il pour effet juridique de créer une sous-licence?

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL), 193.

COMPÉTENCE

Jugement déclaratoire — Un jugement déclaratoire devrait-il être rendu au sujet de l'omission du titulaire du brevet de démontrer que l'ADA n'était pas fondé ou qu'il avait le droit d'annuler la licence obligatoire? — Convient-il de déclarer que l'accord

COMPÉTENCE—Fin

d'approvisionnement ne constitue ni une sous-licence ni une cession de licence obligatoire?

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD., 129.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Intérêt et indemnité additionnelle — Action en dommages-intérêts intentée six ans après la date de la cause de l'action — Demandeur dans l'impossibilité absolue en fait d'agir pendant cette période par la faute des défendeurs — L'intérêt et l'indemnité additionnelle peuvent-elles courir à compter de la date de la cause de l'action au lieu de la date de l'institution de la demande en justice? — La disposition relative aux intérêts dans la Loi sur la Cour suprême est-elle applicable? — Code civil du Bas Canada, art. 1056c — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 50.

GAUTHIER C. BEAUMONT, 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, 217.

2. Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, 217.

3. Successions — Exécuteurs et administrateurs — Frais d'homologation — La réglementation provinciale prévoit des frais d'homologation calculés selon la valeur de la succession administrée — La somme requise pour l'homologation constitue-t-elle des frais ou une taxe? — Les frais ad valorem sont-ils ultra vires pour le motif qu'ils constituent une taxe indirecte? — Les frais ad valorem sont-ils invalides pour le motif qu'ils sont imposés par un organisme autre que la législature provinciale — Règlement de l'Ontario 293/92, art. 2(1) — Loi sur l'administration de la justice,

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

L.R.O. 1990, ch. A.6, art. 5 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 54, 90, 92(2).

SUCCESSION EURIG (RE), 565.

4. Charte des droits — Application extraterritoriale — Interrogatoire par des policiers canadiens aux États-Unis d'une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b) — La Charte s'applique-t-elle à l'enregistrement de la déclaration de l'accusé par des policiers canadiens, aux États-Unis, en vue de poursuites pénales au Canada? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de la Charte? — S'il y a eu violation de la Charte, la déclaration doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(2), 32(1).

R. C. COOK, 597.

5. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Intrus cultivant de la marijuana dans des champs abandonnés — Plants saisis en vertu d'un mandat décerné à la suite d'informations données aux policiers — Perquisition et saisie valides pour le motif que l'intrus n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée.

R. C. LAUDA, 683.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Exposé au jury — Accusés inculpés de meurtre au premier degré — Fuite des accusés hors de la circonscription pour échapper aux policiers et tentative de se débarrasser de l'arme du meurtre après le décès de la victime — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante? — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement des accusés après l'infraction?

R. C. WHITE, 72.

2. Exposé au jury — Preuve relative au comportement postérieur à l'infraction — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction?

R. C. MÉNARD, 109.

3. Exposé au jury — Présentation — Répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès — Remise des transcriptions de l'exposé au jury — La présentation de l'exposé

DROIT CRIMINEL—Fin

au jury ou la distribution des transcriptions ont-elles donné lieu à une erreur justifiant annulation?

R. C. MÉNARD, 109.

4. Voies de fait graves — Consentement — Fraude — Non-divulgence de séropositivité — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés tout en sachant qu'il était séropositif — La non-divulgence de la séropositivité peut-elle constituer une fraude viciant le consentement d'un partenaire à des rapports sexuels? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3c), 268.

R. C. CUERRIER, 371.

5. Preuve — Confessions — Sommé de s'expliquer par la plaignante et ses parents l'accusé a avoué le crime — Accusé tenu à la pointe du couteau après sa déclaration — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans objection de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure l'exigence relative à la personne en situation d'autorité doit-elle continuer à faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — L'obligation de demander un voir-dire incombe-t-elle dans tous les cas à la défense? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Éléments de preuve qui font naître l'obligation de tenir un voir-dire.

R. C. HODGSON, 449.

6. Preuve — Confessions — Des parents de victimes d'agression sexuelle ont consulté la police et décidé de tenter par la ruse d'amener l'accusé à faire une confession — Déclaration faite à un parent qui tenait un couteau et proférait des menaces de mort — Déclaration extrajudiciaire admise sans voir-dire et sans opposition de l'avocat de la défense — Dans quelle mesure l'exigence relative à la personne en situation d'autorité devrait-elle continuer de faire partie de la règle des confessions? — Aurait-il fallu tenir un voir-dire pour déterminer si les déclarations avaient été faites à une personne en situation d'autorité et si elles avaient été faites volontairement? — Incombe-t-il toujours à la défense de requérir la tenue d'un voir-dire? — Dans la négative, dans quelles circonstances le juge du procès devrait-il tenir un voir-dire? — Quels éléments de preuve déclenchent l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire?

R. C. WELLS, 517.

7. Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Dossiers d'adoption — Droit à un procès équitable.

R. C. W. (D.D.), 681.

DROIT DE LA FAMILLE

Tutelle — Droit de visite — Enfants ayant besoin de protection — Ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

la Santé et des Services communautaires — Peut-on greffer à une ordonnance de tutelle permanente une ordonnance d'accès en faveur des parents naturels? — La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant dans la décision du juge de première instance de refuser aux parents naturels l'accès aux enfants?

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. L. (M.), 534.

DROIT INTERNATIONAL

Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, 217.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Biens amortissables — Récupération de la déduction pour amortissement — Transfert libre d'impôt des biens dans une société en nom collectif — Participation d'une filiale de la Banque à une société en nom collectif et transfert de biens à cette société en vertu d'une disposition sur le transfert libre d'impôt — Loi sur les banques interdisant aux banques de participer à des sociétés en nom collectif — Loi provinciale sur les sociétés en nom collectif prévoyant la dissolution de la société dans les cas où se produit un événement rendant illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme ou son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif — La société en nom collectif a-t-elle été rendue invalide? — Si oui, la filiale doit-elle inclure dans son revenu la récupération de la déduction pour amortissement? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 13, 97(2) — Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

CONTINENTAL BANK LEASING CORP. C. CANADA, 298.

2. Gains en capital imposables — Banque prétendant avoir disposé de sa participation dans une société en nom collectif — Le gain tiré de cette disposition était-il un gain en capital ou un gain imposable en tant que revenu d'exploitation? — L'argument subsidiaire de la Couronne que la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement doit-il être retenu?

BANQUE CONTINENTALE DU CANADA C. CANADA, 358.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Suspension de jugement — Requête du procureur général du Canada visant à proroger le délai de suspension d'un jugement — Requête accueillie.

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É.), 443.

MANDAT

Accord d'approvisionnement — Partie titulaire d'une licence devant obtenir un médicament breveté en vrac auprès d'une partie non titulaire d'une licence — La partie titulaire d'une licence agit-elle à titre de mandataire de la partie non titulaire en remplissant des obligations contractuelles?

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD., 129.

PRESCRIPTION

Suspension — Impossibilité absolue en fait d'agir — Impossibilité de nature psychologique — Victime soupçonnée de vol battu, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — La victime était-elle dans l'impossibilité absolue en fait d'agir en raison de la crainte pour sa vie? — Code civil du Bas Canada, art. 2232 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.

GAUTHIER C. BEAUMONT, 3.

PREUVE

Admissibilité — Policiers canadiens interrogeant aux États-Unis une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre au Canada — Allégation de violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte (art. 10b)) — Admission de la déclaration demandée par le ministère public pour attaquer la crédibilité de l'accusé — La déclaration faite à l'interrogatoire devrait-elle être admise?

R. C. COOK, 597.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Responsabilité délictuelle — Municipalité — Policiers — Prescription — Atteintes à l'intégrité et à la dignité de la personne — Dommages compensatoires — Dommages exemplaires — Victime soupçonnée de vol battu, torturée et menacée de mort par deux policiers lors de sa détention au poste de police — Victime

RESPONSABILITÉ CIVILE—Fin

intentant six ans plus tard une action en dommages-intérêts contre les policiers et la ville qui les emploie — L'action est-elle prescrite? — Dans la négative, les policiers et la ville sont-ils responsables des dommages causés à la victime? — Y a-t-il lieu d'ordonner aux policiers et à la ville de verser des dommages compensatoires et exemplaires? — Quantum des dommages — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1054 al. 7 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 4, 49 al. 2.

GAUTHIER C. BEAUMONT, 3.

TRIBUNAUX

Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du

TRIBUNAUX—Fin

Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, 217.



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