



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2004 Vol. 2

1^{er} cahier, 2004 Vol. 2

Cited as [2004] 2 S.C.R. 3-183

Renvoi [2004] 2 R.C.S. 3-183

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
JACQUES GAGNÉ

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Banque nationale de Paris (Canada) v. 165836 Canada Inc.45

Obligation — Performance of obligation — Default and putting in default — Transaction — Creditor denying existence of transaction — Failure by debtor to deposit amounts owing pursuant to transaction — Court of Appeal confirming validity of transaction and ordering debtor to pay creditor interest at legal rate and additional indemnity — Whether Court of Appeal erred in ordering payment of interest and additional indemnity where no deposit made — Whether debtor put in default by creditor for non-payment of amounts stipulated in transaction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

Bibaud v. Québec (Régie de l'assurance maladie)3

Civil procedure — Participation of third parties in action — Voluntary intervention — Scope of requirement of representation by advocate — Request by wife for leave pursuant to art. 208 C.C.P. to aid, assist and represent — Whether art. 208 C.C.P. allows wife to act as attorney for her husband — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 61, 62, 208 — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.

British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.74

Damages — Environmental damages to public lands — Compensation — Forest fire — Valuation of loss of harvestable trees, and of non-harvestable trees in environmentally sensitive areas — Appropriate basis to calculate compensation — Province suing for compensation logging company responsible for fire — Whether Province can sue not only as ordinary landowner but also as *parens patriae* — Whether Comparative Value Pricing system can be taken into account to reduce compensation — Whether Province entitled to “auction value” of harvestable trees — Whether Province entitled to commercial value of non-harvestable trees plus a premium for environmental value — Whether common law provides for environmental damages.

Finney v. Barreau du Québec17

Civil liability — Barreau — Immunity of professional orders — Nature and extent of Barreau's civil liability — Action in damages against Barreau for breach of obligation to protect public in handling of complaints against an advocate — Whether Barreau can claim immunity set out in Professional Code — Concept of good faith — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 23, 193 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1376.

Law of professions — Professional orders — Civil liability — Immunity — Barreau — Scope of immunity granted to professional orders — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 193.

SOMMAIRE

Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Canada Inc.45

Obligation — Exécution de l'obligation — Demeure et mise en demeure — Transaction — Créancière niant la transaction — Absence de consignation par la débitrice des sommes dues en vertu de la transaction — Cour d'appel confirmant la validité de la transaction et ordonnant à la débitrice de verser à la créancière des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant le paiement des intérêts et de l'indemnité additionnelle vu l'absence de consignation? — La débitrice a-t-elle été constituée en demeure par la créancière de payer les montants prévus à la transaction? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

Bibaud c. Québec (Régie de l'assurance maladie)3

Procédure civile — Participation de tiers au procès — Intervention volontaire — Étendue de l'obligation de représentation par avocat — Demande d'intervention d'une épouse en vertu de l'art. 208 C.p.c. pour aider, assister et représenter son époux — L'article 208 C.p.c. permet-il à l'épouse d'agir comme procureur de son époux? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61, 62, 208 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.

Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.74

Dommages-intérêts — Dommages environnementaux à des terres domaniales — Indemnité — Incendie de forêt — Évaluation de la perte d'arbres récoltables, et d'arbres protégés dans des zones écosensibles — Fondement approprié du calcul de l'indemnité — Poursuite en indemnisation de la province contre la société forestière responsable de l'incendie — La province peut-elle poursuivre non seulement en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire mais aussi en sa qualité de *parens patriae*? — Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative peut-il être pris en compte pour diminuer le montant de l'indemnité? — La province a-t-elle droit à la « valeur aux enchères » des arbres récoltables? — La province a-t-elle droit à la valeur marchande des arbres protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale? — La common law permet-elle des dommages environnementaux?

Finney c. Barreau du Québec17

Responsabilité civile — Barreau — Immunité des ordres professionnels — Nature et étendue de la responsabilité civile du Barreau — Action en dommages-intérêts contre le Barreau pour manquement à son obligation de protéger le public dans le traitement de plaintes portées contre un avocat — Le Barreau peut-il bénéficier de la disposition d'immunité prévue au Code des professions? — Concept de bonne foi — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26,

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

art. 23, 193 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376.

Droit des professions — Ordres professionnels — Responsabilité civile — Immunité — Barreau — Portée de l'immunité conférée aux ordres professionnels — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 193.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2004

2^e volume, 2004

Mireille Boisvert *Appellant*

v.

**Régie de l'assurance maladie du Québec
and Société de l'assurance automobile du
Québec** *Respondents*

and

Eva Petras *Amicus curiae*

and

**Attorney General of Quebec and Barreau du
Québec** *Interveners*

**INDEXED AS: BIBAUD v. QUÉBEC (RÉGIE DE
L'ASSURANCE MALADIE)**

Neutral citation: 2004 SCC 35.

File No.: 29544.

2004: March 17; 2004: June 10.

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

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

*Civil procedure — Participation of third parties in
action — Voluntary intervention — Scope of require-
ment of representation by advocate — Request by wife
for leave pursuant to art. 208 C.C.P. to aid, assist and
represent — Whether art. 208 C.C.P. allows wife to act
as attorney for her husband — Code of Civil Procedure,
R.S.Q., c. C-25, arts. 61, 62, 208 — Act respecting the
Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.*

The appellant wished to intervene, pursuant to art. 208 C.C.P., to aid, assist and represent her husband in an action for damages brought by him against the respondents, on the ground that he was incapable of representing himself because of his physical and mental state. She insisted that the purpose of her intervention was not to assert an interest of her own, separate from that of her husband, but to act on his behalf as an advocate would do. The Superior Court dismissed the application to intervene on the ground that, according to art. 62 C.C.P.

Mireille Boisvert *Appelante*

c.

**Régie de l'assurance maladie du Québec
et Société de l'assurance automobile du
Québec** *Intimées*

et

Eva Petras *Amicus curiae*

et

**Procureur général du Québec et Barreau du
Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BIBAUD c. QUÉBEC (RÉGIE DE
L'ASSURANCE MALADIE)**

Référence neutre : 2004 CSC 35.

N° du greffe : 29544.

2004 : 17 mars; 2004 : 10 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Participation de tiers au procès —
Intervention volontaire — Étendue de l'obligation de
représentation par avocat — Demande d'intervention
d'une épouse en vertu de l'art. 208 C.p.c. pour aider,
assister et représenter son époux — L'article 208 C.p.c.
permet-il à l'épouse d'agir comme procureur de son
époux? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25,
art. 61, 62, 208 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1,
art. 128.*

L'appelante souhaite intervenir, en vertu de l'art. 208 C.p.c., afin d'aider, d'assister et de représenter son mari dans une action en dommages-intérêts qu'il a engagée contre les intimées, parce qu'il serait incapable de se représenter lui-même en raison de son état physique et moral. Elle affirme que son intervention ne vise pas à faire valoir un intérêt propre, distinct de celui de son mari, mais à agir pour celui-ci, comme le ferait un avocat. La Cour supérieure rejette la demande d'intervention puisque, selon les art. 62 C.p.c. et 128 de la *Loi sur le*

and s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, only advocates can plead for another person in the courts. The Court of Appeal denied leave to appeal from that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The legislative framework of the right to act for and represent another in the Quebec courts is set out in the *Code of Civil Procedure* and in the *Act respecting the Barreau du Québec*, the provisions of which complement each other. The Quebec legislature has made a legislative choice that, on the one hand, recognizes a physical person's right to represent himself or herself (art. 61 C.C.P.), but, on the other, obliges him or her to use the services of an advocate in acting for another (art. 62 C.C.P. and s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*). Representation by spouses, relatives, in-laws or friends is only allowed in cases falling within the jurisdiction of the small claims division of the Court of Québec (art. 959 C.C.P.). Although art. 208 C.C.P. allows a third party who has a personal interest or whose presence is necessary to "authorize, assist or represent a party who is incapable" to intervene at any time before judgment, this intervention procedure does not alter the rules otherwise applicable to the right to represent another person. Representatives of other persons must themselves be represented in the courts, for acts covered by the monopoly granted to the legal profession, by members of the Barreau in good standing.

In this case, the appellant gave as her sole purpose in intervening the representation of her husband's interests, through confirmation of her right to plead for him. This application does not correspond to the intervention situations provided for in the *Code of Civil Procedure*. It is incompatible not only with the legislation governing the exercise of the profession of lawyer and representation in the civil courts of Quebec, but also with protective supervision for incapable persons in Quebec civil law.

Cases Cited

Referred to: *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes v. Services de santé du Québec*, [1993] R.D.J. 394; *Boucher v. Pelletier*, [1984] R.D.J. 214; *G.T.V. Limousine Inc. v. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1 [am. 2001, c. 26], s. 128.

Barreau, seuls les avocats peuvent plaider pour autrui devant les tribunaux. La Cour d'appel refuse d'autoriser un pourvoi contre cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le cadre législatif du droit d'agir et de représenter devant les tribunaux au Québec se retrouve dans le *Code de procédure civile* et dans la *Loi sur le Barreau*, dont les dispositions se complètent. Le législateur québécois a fait un choix législatif qui, d'une part, reconnaît le droit d'une personne physique de se représenter elle-même (art. 61 C.p.c.), mais, d'autre part, impose l'obligation de recourir à un avocat pour agir pour autrui (art. 62 C.p.c. et 128 de la *Loi sur le Barreau*). La représentation par les conjoints, parents, alliés ou amis n'est permise que dans le cas des affaires qui relèvent de la compétence de la division des petites créances de la Cour du Québec (art. 959 C.p.c.). Bien que l'art. 208 C.p.c. permette à un tiers qui possède un intérêt propre ou à celui dont la présence est nécessaire pour « autoriser, assister ou représenter une partie incapable » d'intervenir en tout temps avant jugement, cette procédure d'intervention ne change pas les règles applicables par ailleurs au droit de représenter autrui. Les représentants d'autrui doivent eux-mêmes être représentés devant les tribunaux par des membres en règle du Barreau, à l'égard des actes visés par le monopole d'exercice professionnel des avocats.

En l'espèce, l'appelante ne donne comme objet à son intervention que la représentation de l'intérêt de son mari, sous la forme de la reconnaissance du droit de plaider pour lui. Cette demande ne correspond pas aux situations d'interventions prévues par le *Code de procédure civile*. Elle est non seulement incompatible avec les dispositions législatives régissant l'exercice de la profession d'avocat et la représentation devant les tribunaux civils au Québec, mais elle est également incompatible avec le régime de protection des incapables en droit civil québécois.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes c. Services de santé du Québec*, [1993] R.D.J. 394; *Boucher c. Pelletier*, [1984] R.D.J. 214; *G.T.V. Limousine Inc. c. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 153 à 297, 2166 à 2174.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 153 to 297, 2166 to 2174.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 61, 62, 208, 209, 394.1, 959.

Authors Cited

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Taschereau, Georges. «Matières non contentieuses», dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 737.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal dismissing the appellant's motion for leave to appeal from the Superior Court's judgment of October 28, 2002 that dismissed her declaration of voluntary intervention. Appeal dismissed.

Mireille Boisvert, on her own behalf.

Denis Semco, for the respondent Régie de l'assurance maladie du Québec.

Jean Renaud, for the respondent Société de l'assurance automobile du Québec.

Eva Petras and *Marie-Hélène Dubé*, for the *amicus curiae*.

Jean-Yves Bernard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Louis Masson, *Nathalie Vaillant* and *Annie Chapados*, for the intervener Barreau du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal raises a problem with respect to the scope of the requirement of representation by an advocate under the Quebec *Code of Civil*

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61, 62, 208, 209, 394.1, 959.

Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1 [mod. 2001, ch. 26], art. 128.

Doctrine citée

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Taschereau, Georges. «Matières non contentieuses», dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 737.

POURVOI contre une décision de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté la requête de l'appelante pour permission d'en appeler d'un jugement de la Cour supérieure, rendu le 28 octobre 2002, qui avait rejeté sa déclaration d'intervention volontaire. Pourvoi rejeté.

Mireille Boisvert, en personne.

Denis Semco, pour l'intimée la Régie de l'assurance maladie du Québec.

Jean Renaud, pour l'intimée la Société de l'assurance automobile du Québec.

Eva Petras et *Marie-Hélène Dubé*, pour l'*amicus curiae*.

Jean-Yves Bernard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Louis Masson, *Nathalie Vaillant* et *Annie Chapados*, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Cet appel soulève un problème de détermination de l'étendue de l'obligation de représentation par un avocat sous le régime du *Code de procédure civile*,

Procedure, R.S.Q., c. C-25, and the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1. The appellant, Ms. Mireille Boisvert, contends that she may intervene to represent her husband, Michel Bibaud, in an action for damages brought by him against the respondents, the Régie de l'assurance maladie du Québec (the "Régie") and the Société de l'assurance automobile du Québec (the "Société"). The Quebec Superior Court was of the view that her application to intervene should be dismissed. A judge of the Quebec Court of Appeal refused leave to appeal from that decision. Although one must give the appellant credit for the devotion and perseverance with which she has tried to handle her husband's case, the legislation governing the exercise of the profession of lawyer and representation in the civil courts of Quebec does not allow her to act as attorney for her spouse and her appeal must be dismissed.

II. Origin and Legal Background of Case

2 The record in this Court contains only limited information about the nature of the dispute between Mr. Bibaud and the respondents and the circumstances leading to the filing of the action for damages, which is still pending in the Superior Court. As I understand it, Mr. Bibaud is not satisfied with the decisions made on his applications to the Société for indemnification, and he considers that they caused him injury, for which he is seeking compensation. After the action was served, the respondents filed motions raising various exceptions to dismiss the action on which the trial court has not yet ruled, in view of the debate that arose regarding the applicant's representation by his wife.

3 Mr. Bibaud had filed this action himself, without the aid of a lawyer, as he is allowed to do by art. 61 C.C.P. He could not obtain legal aid. His financial situation did not allow him to hire a lawyer. In any case, he did not want to do so because of a very bad experience with a member of the Bar whose services he had retained in an earlier case.

4 After the action was filed, the appellant filed a declaration of voluntary intervention pursuant to

L.R.Q., ch. C-25, et de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1. L'appelante, M^{me} Mireille Boisvert, soutient qu'elle peut intervenir pour représenter son mari, M. Michel Bibaud, dans une action en dommages-intérêts qu'il a engagée contre les intimées, la Régie de l'assurance maladie du Québec (la « Régie ») et la Société de l'assurance automobile du Québec (la « Société »). La Cour supérieure du Québec a considéré sa demande d'intervention comme irrecevable. Un juge de la Cour d'appel du Québec a refusé d'autoriser un pourvoi contre cette décision. Bien que l'on doive reconnaître le dévouement et la persévérance avec lesquels l'appelante tente de conduire le dossier de son mari, les dispositions législatives régissant l'exercice de la profession d'avocat et la représentation devant les tribunaux civils au Québec ne lui permettent pas d'agir comme procureur de son époux, et son pourvoi doit être rejeté.

II. Origine et historique judiciaire du dossier

Le dossier de l'appel porté devant notre Cour ne comporte que de brèves informations sur la nature du conflit qui oppose M. Bibaud aux intimées et sur les circonstances ayant mené au dépôt de l'action en dommages-intérêts qui demeure en suspens devant la Cour supérieure. Si je comprends bien, M. Bibaud n'est pas satisfait des décisions prises à l'égard des demandes d'indemnisation présentées à la Société et il estime qu'elles lui ont causé un préjudice, pour lequel il demande réparation. Après la signification de l'action, les intimées ont déposé des requêtes en irrecevabilité invoquant des moyens divers sur lesquels la cour de première instance ne s'est pas encore prononcée, vu le débat auquel a donné lieu la représentation du demandeur par son épouse.

Monsieur Bibaud avait déposé cette action lui-même, sans le recours à un avocat comme le lui permet l'art. 61 C.p.c. Il n'a pu obtenir de l'aide juridique. Sa situation financière ne lui permet pas d'engager un avocat. Il ne le désirait d'ailleurs pas à cause d'une fort mauvaise expérience avec un membre du Barreau dont il avait retenu les services dans une affaire précédente.

Après l'introduction de l'action, l'appelante a déposé une déclaration d'intervention volontaire

art. 208 C.C.P. In that pleading, Ms. Boisvert asked to be allowed to represent her husband in the action he had brought. In her submission, her husband was incapable of representing himself because of his physical and mental state, and this was confirmed by a note from his attending physician. Mr. Bibaud was suffering from a painful post-operative syndrome and regularly took cannabis for medical reasons. Essentially, the use of cannabis coupled with the consequences of his medical and physical problems did not allow him to represent himself. Moreover, he had signed a general power of attorney and a mandate in favour of the appellant in anticipation of his being incapacitated. However, the mandate was not homologated as required by art. 2166 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and so is not executory. In her pleading, the appellant stated that she had assumed control of the family to look after its interests. For these reasons, she asked the Superior Court for leave to present any pleadings connected with her husband's case and to plead for him. She was accordingly requesting leave to [TRANSLATION] "aid, assist and represent the plaintiff". At the hearing held in this Court, the appellant confirmed that the purpose of her intervention was not to assert an interest of her own, separate from that of her husband, but to act on his behalf as an advocate would do.

On October 28, 2002 a judgment of Guibault J. of the Quebec Superior Court dismissed the application to intervene. According to that decision, the sole purpose of the application to intervene was to represent the plaintiff, Mr. Bibaud, not to assert any personal interests. Further, according to art. 62 C.C.P. and s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, only advocates can plead for another person in the courts. Ms. Boisvert then filed an application for leave to appeal to the Quebec Court of Appeal, which was dismissed by Dalphond J.A. on November 8, 2002. In his opinion, the trial judgment was correct. The appellant obtained leave to appeal to this Court. The Court later appointed an *amicus curiae*. The Barreau du Québec and the Attorney General of Quebec intervened in the appeal.

en vertu de l'art. 208 C.p.c. Dans cette procédure, M^{me} Boisvert a demandé à représenter son mari dans la poursuite qu'il a engagée. Selon elle, son époux serait incapable de se représenter lui-même, en raison de son état physique et moral, ce que confirmerait une note de son médecin traitant. Atteint d'un syndrome postopératoire douloureux, M. Bibaud consomme régulièrement du cannabis pour des raisons médicales. Effectivement, cette consommation jointe aux conséquences de ses problèmes médicaux et physiques ne lui permettrait pas de se représenter lui-même. Il a d'ailleurs signé une procuration générale et un mandat en prévision de son inaptitude en faveur de l'appelante. Ce mandat n'a cependant pas été homologué, comme l'exige l'art. 2166 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et n'est donc pas exécutoire. Dans sa procédure, l'appelante a affirmé avoir pris la direction de la famille pour veiller à ses intérêts. Pour ces motifs, elle a demandé à la Cour supérieure la permission d'entreprendre toute procédure relative au dossier de son conjoint et de plaider pour lui. Elle a ainsi requis l'autorisation d'« aider, d'assister et de représenter le demandeur ». Lors de l'audience tenue par notre Cour, l'appelante a confirmé que son intervention ne visait pas à faire valoir un intérêt propre, distinct de celui de son mari, mais à agir pour celui-ci, comme le ferait un avocat.

Le 28 octobre 2002, un jugement de la Cour supérieure du Québec prononcé par le juge Guibault a rejeté la demande d'intervention. Selon cette décision, la demande d'intervention avait pour seul objet de représenter le demandeur, M. Bibaud, et non de faire valoir un intérêt propre. De plus, d'après l'art. 62 C.p.c. et l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, seuls les avocats peuvent plaider pour autrui devant les tribunaux. Madame Boisvert a alors déposé une demande d'autorisation d'appel devant la Cour d'appel du Québec, que le juge Dalphond a rejetée le 8 novembre 2002. À son avis, en effet, le jugement de première instance était bien fondé. L'appelante a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Celle-ci a désigné plus tard un *amicus curiae*. Le Barreau du Québec et le procureur général du Québec sont intervenus dans le débat.

III. Relevant Statutory Provisions

6

The legislative framework of the right to act for and represent another person in the Quebec courts is set out in the *Code of Civil Procedure* and in the *Act respecting the Barreau du Québec*, the provisions of which complement each other. Thus, art. 61 C.C.P. recognizes the right of a party to represent himself, but requires that anyone performing the duties of mandatary or required to act on behalf of another do so through an advocate:

61. No one is required to be represented by attorney before the courts, except:

- (a) legal persons;
- (b) the Public Curator;
- (c) trustees, guardians, liquidators, receivers and other representatives of collective interests, when they act in that capacity;
- (d) collection agents and purchasers of accounts, concerning the accounts which they are charged with recovering or which they have purchased;
- (e) general or limited partnerships and associations within the meaning of the Civil Code of Québec, unless all the partners or members act themselves or mandate one of their number to act;
- (f) persons acting on behalf of others under article 59.

Nevertheless, the claim of a legal person, general or limited partnership or association within the meaning of the Civil Code of Québec, to participate in a distribution of funds derived from the sale of property of a debtor or from the seizure or voluntary deposit of his salary, wages or earnings, may be made by any attorney under a general or special power.

Article 62 C.C.P. sets out the general principle that the right to act as attorney in the courts is reserved for advocates, apart from exceptions:

62. The right to act as attorney before the courts is reserved exclusively to advocates, except in the cases set forth in paragraph 7 of section 15 of the Notaries Act (chapter N-3).

Section 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* confirms advocates' monopoly of representation and defines its content more specifically:

III. Le cadre législatif

Le cadre législatif du droit d'agir et de représenter devant les tribunaux au Québec se retrouve dans le *Code de procédure civile* et dans la *Loi sur le Barreau*, dont les dispositions se complètent. Ainsi, l'art. 61 C.p.c. reconnaît le droit d'une partie de se représenter elle-même, mais exige que toutes les personnes remplissant des fonctions de mandataire ou appelées à agir pour le compte d'autrui plaident par l'intermédiaire d'un avocat :

61. Nul n'est tenu de se faire représenter par procureur devant les tribunaux, hormis :

- a) les personnes morales;
- b) le curateur public;
- c) les syndics, gardiens, liquidateurs, séquestres et autres représentants d'intérêts collectifs, lorsqu'ils agissent en cette qualité;
- d) les agents de recouvrement et les acheteurs de comptes, relativement aux créances qu'ils sont chargés de recouvrer ou dont ils se sont portés acquéreurs;
- e) les sociétés en nom collectif ou en commandite et les associations au sens du Code civil du Québec, à moins que tous les associés ou membres n'agissent eux-mêmes ou ne mandatent l'un d'eux;
- f) les personnes qui agissent pour le compte d'autrui en vertu de l'article 59.

Néanmoins, la réclamation d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite ou d'une association au sens du Code civil du Québec, pour participer à une distribution de deniers provenant de la vente des biens d'un débiteur, de la saisie de ses traitements, salaires ou gages, ou du dépôt volontaire qui en est fait, peut être faite par tout fondé de pouvoir par procuration générale ou spéciale.

L'article 62 C.p.c. exprime le principe général voulant que le droit d'agir comme procureur devant les tribunaux soit réservé aux avocats, sauf exception :

62. Le droit d'agir comme procureur devant les tribunaux est réservé exclusivement aux avocats, sauf dans les cas prévus au paragraphe 7° de l'article 15 de la Loi sur le notariat (chapitre N-3).

L'article 128 de la *Loi sur le Barreau* confirme le monopole de représentation des avocats et en définit plus précisément le contenu :

128. (1) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the practising advocate or solicitor:

(a) to give legal advice and consultations on legal matters;

(b) to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts;

. . .

(2) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the advocate and not of the solicitor:

(a) to plead or act before any tribunal, except before:

(1) a conciliation officer or an arbitrator of disputes or grievances, within the meaning of the Labour Code (chapter C-27);

(2) the Commission des relations du travail established by the Labour Code;

(3) the Commission de la santé et de la sécurité du travail established pursuant to the Act respecting occupational health and safety (chapter S-2.1), a review board established under the said Act or the Workers' Compensation Act (chapter A-3), the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, instituted under the Act respecting administrative justice (chapter J-3), in the case of a proceeding pertaining to compensation for rescuers and victims of crime, a proceeding brought under section 65 of the Workers' Compensation Act (chapter A-3) or a proceeding brought under section 12 of the Act respecting indemnities for victims of asbestosis and silicosis in mines and quarries (chapter I-7), the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles established pursuant to the Act respecting industrial accidents and occupational diseases (chapter A-3.001) or the Commission des lésions professionnelles established under the said Act;

(4) the Régie du logement established under the Act respecting the Régie du logement (chapter R-8.1);

(5) the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, to the extent that the Minister of Employment and Social Solidarity or a body which is his delegatee as regards the application of the Act respecting income support, employment assistance and social solidarity (chapter S-32.001) is to be represented to plead or act in his or its name;

128.1. Sont du ressort exclusif de l'avocat en exercice ou du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui :

a) donner des consultations et avis d'ordre juridique;

b) préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux;

. . .

2. Sont du ressort exclusif de l'avocat et non du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui :

a) plaider ou agir devant tout tribunal, sauf devant :

1° un conciliateur ou un arbitre de différend ou de grief, au sens du Code du travail (chapitre C-27);

2° la Commission des relations du travail instituée par le Code du travail;

3° la Commission de la santé et de la sécurité du travail instituée par la Loi sur la santé et la sécurité du travail (chapitre S-2.1), un bureau de révision constitué en vertu de cette loi ou de la Loi sur les accidents du travail (chapitre A-3), la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, institué en vertu de la Loi sur la justice administrative (chapitre J-3), s'il s'agit d'un recours portant sur l'indemnisation des sauveteurs et des victimes d'actes criminels, d'un recours formé en vertu de l'article 65 de la Loi sur les accidents du travail (chapitre A-3) ou d'un recours formé en vertu de l'article 12 de la Loi sur l'indemnisation des victimes d'amiantose ou de silicose dans les mines et les carrières (chapitre I-7), la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles instituée par la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (chapitre A-3.001) ou la Commission des lésions professionnelles instituée en vertu de cette loi;

4° la Régie du logement instituée en vertu de la Loi sur la Régie du logement (chapitre R-8.1);

5° la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, dans la mesure où il s'agit pour le ministre de l'Emploi et de la Solidarité, ou pour un organisme qui est son délégataire dans l'application de la Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale (chapitre S-32.001), de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom;

(6) an arbitration officer, a conciliation officer, a council of arbitration, the construction industry commissioner, a construction industry deputy-commissioner or an investigator within the meaning of the Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry (chapter R-20);

(7) in matters of immigration, the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, in the case and subject to the conditions set out in the third paragraph of section 102 of the Act respecting administrative justice;

. . .

In the case of proceedings in the small claims court under Book VIII of the *Code of Civil Procedure*, however, art. 959 allows physical persons to “give a mandate to their spouse, a relative, a person connected by marriage or a friend to represent them”.

7 The *Code of Civil Procedure* also contains provisions governing the procedure for intervention or participation in a trial by third parties. Article 208 sets out the general principle allowing a third party who has a personal interest or whose presence is necessary to “authorize, assist or represent a party who is incapable” to intervene at any time before judgment. Article 209 then distinguishes aggressive and conservatory voluntary interventions:

208. Any person interested in an action to which he is not a party, or whose presence is necessary to authorize, assist or represent a party who is incapable, may intervene therein at any time before judgment.

209. Voluntary intervention is termed aggressive when the third party asks that he be acknowledged as having, against the parties or one of them, a right which is in dispute; it is termed conservatory when the third party only seeks to be substituted for one of the parties, in order to represent him, or to be joined with such party in order to assist him, either to aid his action or to support his pretensions.

We must now consider whether the application by the appellant to intervene should have been dismissed taking into account this legislative

6° un arbitre, un conciliateur, un conseil d'arbitrage, le commissaire de l'industrie de la construction, un commissaire adjoint de l'industrie de la construction ou un enquêteur, au sens de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20);

7° en matière d'immigration, la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, dans le cas et aux conditions prévus au troisième alinéa de l'article 102 de la Loi sur la justice administrative;

. . .

Dans le cas des dossiers relevant du tribunal des petites créances, en vertu du Livre VIII du *Code de procédure civile*, l'art. 959 permet toutefois aux personnes physiques de « donner mandat à leur conjoint, à un parent, un allié ou un ami de les représenter ».

Le *Code de procédure civile* contient également les dispositions législatives qui régissent les procédures d'intervention ou de participation par des tiers dans un procès. L'article 208 édicte le principe général permettant à un tiers qui possède un intérêt propre ou à celui dont la présence est nécessaire pour « autoriser, assister ou représenter une partie incapable » d'intervenir en tout temps avant jugement. L'article 209 distingue ensuite les interventions volontaires agressives et conservatoires :

208. Celui qui a un intérêt dans un procès auquel il n'est pas partie, ou dont la présence est nécessaire pour autoriser, assister ou représenter une partie incapable, peut y intervenir en tout temps avant jugement.

209. L'intervention volontaire est dite agressive lorsque le tiers demande que lui soit reconnu, contre les parties ou l'une d'elles, un droit sur lequel la contestation est engagée; elle est dite conservatoire lorsque le tiers désire seulement se substituer à l'une des parties pour la représenter, ou se joindre à elle pour l'assister, pour soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions.

Il faut maintenant examiner si la demande d'intervention présentée par l'appelante était recevable, en tenant compte de cet encadrement législatif, ainsi

background as well as the provisions governing the status of incapable persons and the existence of procedures for protecting them.

IV. Analysis

A. *Nature of Appellant's Application*

To determine the merits of Ms. Boisvert's application, we must identify its basis and purpose. The appellant argued that art. 208 C.C.P. allowed her to intervene to represent, support and assist her husband. As explained at the hearing, her purpose was not to assert a personal interest separate from that of her husband, but to represent him, to act as his attorney, so as to successfully conclude his action for damages. The basis of the application was, first, the impossibility of obtaining legal aid, and second, his wish not to use an advocate since his earlier dealings with a member of the Bar caused him to lose all confidence in the legal profession. There are thus two very different reasons. The first appears to be economic in nature. The record does not contain much information in this regard. It does not indicate whether Mr. Bibaud was entitled to legal aid or whether legal aid could be given conditionally, subject to the outcome of the action. We only know that an unidentified employee told Ms. Boisvert by telephone that her husband was not eligible. Ms. Boisvert therefore did not rule out the possibility of using the services of an advocate, if legal aid were to cover his or her fees or to provide the services of one of its advocates. It is only if she is unable to obtain legal aid that she rules out any possibility of using advocates, since she has no confidence in private practitioners. The purpose of her application is to obtain confirmation that she may act as advocate for her husband. The application also assumes that the court accepts that her husband is incapable in fact and in law institutes a kind of protective supervision and assistance allowing her to represent him.

B. *Whether the Application Should Have Been Dismissed*

The appellant's application comes up against the express requirements of the legislation

que des dispositions régissant le statut des incapables et l'ouverture des régimes de protection de ceux-ci.

IV. Analyse

A. *La nature de la demande de l'appelante*

Pour apprécier la recevabilité de la demande de M^{me} Boisvert, il faut identifier son fondement et son objet. L'appelante soutient que l'art. 208 C.p.c. lui permet d'intervenir pour représenter, soutenir et assister son mari. Comme il a été précisé à l'audience, l'objectif n'est pas de faire valoir un intérêt propre, distinct de celui de son mari, mais de représenter celui-ci, d'agir comme son procureur pour mener à bonne fin son action en dommages-intérêts. La demande se fonde, d'une part, sur l'impossibilité d'obtenir l'aide juridique et, d'autre part, sur son désir de ne pas utiliser un avocat, puisque ses démêlés antérieurs avec un membre du Barreau lui auraient fait perdre toute confiance dans cette profession. On se trouve ainsi devant deux motifs très différents. Le premier serait d'ordre économique. Le dossier renferme peu de détails à cet égard. Il ne nous permet pas de savoir si M. Bibaud avait droit à l'aide juridique, ou si elle pouvait être donnée conditionnellement, sous réserve de l'issue de la poursuite. Nous savons seulement qu'au cours d'un appel téléphonique, un employé non identifié a affirmé à M^{me} Boisvert que son mari était inadmissible. Madame Boisvert n'écartait donc pas la possibilité d'utiliser les services d'un avocat, si l'aide juridique couvrait ses honoraires ou fournissait les services d'un de ses avocats. Ce n'est qu'à défaut d'obtenir l'aide juridique qu'elle écarte toute possibilité de recourir à des avocats, puisqu'elle n'a aucune confiance dans les praticiens privés. Sa demande a pour objet de faire reconnaître qu'elle peut agir à titre d'avocat de son mari. Cette demande suppose aussi que le tribunal reconnaisse l'incapacité de son mari et institue en fait et en droit une forme de régime de protection et d'assistance qui lui permette de le représenter.

B. *La recevabilité de la demande*

La demande de l'appelante se heurte aux exigences expresses de la législation régissant la

governing civil procedure in Quebec and representation in the courts. It is also difficult to reconcile with protective supervision for incapable persons in Quebec civil law. From these two standpoints, it is important to note first that the essential structure of civil procedure in Quebec is codified and so legislative in nature (D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 1, at p. 1; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 35). Additionally, the question of the legal capacity of physical persons and the nature and conditions for instituting protective supervision for incapable persons comes under the substantive law provisions contained in Title Four of the *Civil Code of Québec*, arts. 153 to 297, to which may be added the provisions dealing with a mandate granted in anticipation of incapacity, arts. 2166 to 2174 (see, in this regard, É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (3rd ed. 2002), at pp. 363 *et seq.*). The *Code of Civil Procedure* sets out the procedural system applicable to applications and matters relating to protective supervision for incapable persons and their representation. In particular, the relevant rules are contained in Book VI of the *Code of Civil Procedure* on non-contentious matters (see G. Taschereau, "Matières non contentieuses", in Ferland and Emery, *supra*, vol. 2, at pp. 737 *et seq.*). Judicial action and discretion in these areas in Quebec depend on this legislative background and must comply with the constraints that it may impose on judicial intervention and imagination.

10

Where representation in the courts is concerned, the Quebec legislature has made a legislative choice that, on the one hand, recognizes a physical person's right to represent himself or herself, but, on the other, obliges him or her to use the services of an advocate in acting for another, under arts. 61 and 62 C.C.P. This Court has considered the bases and consequences of this legislative choice, and recognized its importance for the operation of Quebec legal institutions:

The special rules governing the practice of the legal profession are justified by the importance of the acts that advocates engage in, the vulnerability of the litigants who

procédure civile au Québec et la représentation devant les tribunaux. Elle se concilie aussi difficilement avec le régime de protection des incapables en droit civil québécois. Sous ces deux aspects, il importe de rappeler d'abord que le cadre fondamental de la procédure civile au Québec est codifié et a donc un caractère législatif (D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 1, p. 1; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 35). Par ailleurs, le sujet de la capacité juridique des personnes physiques ainsi que de la nature et des conditions d'ouverture des régimes de protection des incapables relève des dispositions de droit substantiel que contient le titre quatrième du *Code civil du Québec*, art. 153 à 297, auxquelles s'ajoutent les dispositions relatives au mandat accordé en prévision de l'inaptitude, art. 2166 à 2174 (voir, sur ce sujet, É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (3^e éd. 2002), p. 363 *et suiv.*). Le *Code de procédure civile* précise le régime procédural applicable aux demandes et incidents relatifs aux régimes de protection des incapables et à leur représentation. On retrouve notamment les règles pertinentes au livre VI du *Code de procédure civile* sur les procédures non contentieuses (voir G. Taschereau, « Matières non contentieuses », dans Ferland et Emery, *op. cit.*, vol. 2, p. 737 *et suiv.*). L'action des tribunaux et leur pouvoir discrétionnaire en ces domaines s'exercent dans ce cadre législatif au Québec et respectent les contraintes qu'il peut imposer aux interventions des tribunaux et à leur imagination.

Pour ce qui est de la représentation devant les tribunaux, le législateur québécois a fait un choix législatif qui, d'une part, reconnaît le droit d'une personne physique de se représenter elle-même, mais, d'autre part, impose l'obligation de recourir à un avocat pour agir pour autrui, selon les art. 61 et 62 C.p.c. Notre Cour a d'ailleurs examiné les fondements et les conséquences de ce choix législatif, dont elle a reconnu l'importance pour le fonctionnement des institutions juridiques québécoises :

L'importance des actes posés par les avocats, la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits et la nécessité de préserver la relation de confiance qui existe

entrust their rights to them, and the need to preserve the relationship of trust between advocates and their clients.

(*Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 17, *per* Gonthier J.)

As I noted earlier, representation by spouses, relatives, in-laws or friends is only allowed in cases falling within the jurisdiction of the small claims division of the Court of Québec pursuant to art. 959 C.C.P.

In this regard, the provisions of the *Code of Civil Procedure* governing interventions do not alter the rules relating to representation in the civil courts. The use of the intervention procedure has certainly evolved as a result of decisions by the Québec courts. Despite occasional hesitations and conflicts as the case law has developed, the interests recognized are now broadly accepted, including conservatory interventions (see, e.g., *Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes v. Services de santé du Québec*, [1993] R.D.J. 394 (C.A.); *Boucher v. Pelletier*, [1984] R.D.J. 214 (C.A.); *G.T.V. Limousine Inc. v. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.); see also Ferland and Emery, *supra*, vol. 1, at pp. 355-61). In this case, the appellant gave as her purpose in intervening only the representation of her husband's interests, through confirmation of her right to plead for him. This application does not correspond to the intervention situations provided for in the *Code of Civil Procedure*. Recourse to a form of intervention does not alter the rules otherwise applicable to the right to represent another person under the *Code of Civil Procedure*, which must be read and construed coherently and as a whole. As the Superior Court found, these rules meant that Ms. Boisvert's application had to be dismissed. Representatives of other persons must themselves be represented in the courts by members of the Barreau du Québec in good standing, for acts covered by the monopoly granted to the legal profession.

C. Representation of Incapable Persons

Although there was little discussion of this point in this appeal, I feel it is worth mentioning the

entre eux justifient cet encadrement particulier de l'exercice de la profession juridique.

(*Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 17, le juge Gonthier)

Comme je l'ai noté plus haut, la représentation par les conjoints, alliés ou amis n'est permise que dans le cas des affaires qui relèvent de la compétence de la division des petites créances de la Cour du Québec, suivant l'art. 959 C.p.c.

Les dispositions du *Code de procédure civile* qui régissent les interventions ne modifient pas, à cet égard, les règles relatives à la représentation devant les tribunaux civils. La jurisprudence du Québec a certainement fait évoluer l'utilisation de la procédure d'intervention. En dépit d'hésitations et de conflits occasionnels au cours du développement de la jurisprudence, les intérêts admis sont maintenant reconnus largement, y compris à l'égard des interventions conservatoires (voir, par exemple, *Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes c. Services de santé du Québec*, [1993] R.D.J. 394 (C.A.); *Boucher c. Pelletier*, [1984] R.D.J. 214 (C.A.), *G.T.V. Limousine Inc. c. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.); voir aussi Ferland et Emery, *op. cit.*, vol. 1, p. 355-361). En l'espèce, l'appelante ne donne comme objet à son intervention que la représentation de l'intérêt de son mari, sous la forme de la reconnaissance du droit de plaider pour lui. Cette demande ne correspond pas aux situations d'interventions prévues par le *Code de procédure civile*. Le recours à une forme d'intervention ne change pas les règles applicables par ailleurs au droit de représenter autrui en vertu du *Code de procédure civile*, qui doit être lu et interprété dans son entier et de manière cohérente. Ces règles rendent irrecevable la demande de M^{me} Boisvert, comme l'a conclu la Cour supérieure. Les représentants d'autrui doivent eux-mêmes être représentés devant les tribunaux par des membres en règle du Barreau du Québec, à l'égard des actes visés par le monopole d'exercice professionnel des avocats.

C. La représentation des inaptes

Bien que ce sujet n'ait guère été discuté dans le présent pourvoi, je crois utile de souligner les

problems the appellant's application presented for the implementation of the principles and rules of Quebec civil law on the capacity of persons. If the application had been allowed on its present basis and in accordance with the conclusions sought, the Superior Court would have placed Mr. Bibaud in the position of a person whose legal capacity is limited and for whom protective supervision has been instituted, without complying with the legal requirements regarding control of the existence of the incapacity, its extent and choice of the appropriate measures. These are not procedural quibbles or trifling matters, but fundamental questions relating to the independence and dignity of individuals. In this area, Quebec civil law rests on a fundamental principle of recognition of the capacity of individuals. Article 154 C.C.Q. states that capacity is the rule and incapacity the exception:

154. In no case may the capacity of a person of full age be limited except by express provision of law or by a judgment ordering the institution of protective supervision.

Incapacity must thus result from the law itself or the institution of protective supervision, which is itself subject to prior authorization by the courts:

[TRANSLATION]

393. — Legal incapacity, whatever it may be and whatever its extent, is thus a kind of limiting, of reducing, of the legal personality justified by the fact that in reality some persons do not have the means to act effectively and fully. It is therefore up to the law to provide a response to the challenges presented by the weakened position in which such persons or categories of persons find themselves. This response must come from the law. Individuals cannot impose a reduction of legal capacity on themselves, or impose it on their peers. The courts also do not have this power, although since 1990 the law allows them to circumscribe the capacity of certain incapable persons, as we will see in detail in the chapter on protecting persons of full age with diminished capacity. Here again, however, the power is governed by the law and can only be exercised with the most careful attention to legal conditions. Consequently, the incapacity in fact finds its source in the law. It is also because questions of capacity fall outside the purview of individuals that the *Code of Civil Procedure* provides that the power of the

difficultés que pose la demande de l'appelante à l'égard de l'application des principes et règles du droit civil québécois relatif à la capacité des personnes. Si la demande avait été reçue sur sa base actuelle et conformément aux conclusions recherchées, la Cour supérieure aurait placé M. Bibaud dans la situation d'une personne dont la capacité juridique est réduite et à l'égard duquel un régime de protection a été ouvert, sans respecter les exigences légales relatives au contrôle de l'existence de l'incapacité, du degré d'incapacité et du choix de la mesure appropriée. Il n'y a pas ici de « procédure » ou de vétilles, mais de questions fondamentales relatives à l'autonomie et à la dignité des personnes. Dans ce domaine, le droit civil québécois repose sur un principe fondamental de reconnaissance de la capacité des personnes. L'article 154 C.c.Q. affirme que la capacité est la règle et l'incapacité, l'exception :

154. La capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection.

L'incapacité doit ainsi résulter de la loi même ou de l'ouverture d'un régime de protection, elle-même subordonnée à une autorisation judiciaire préalable :

393. — L'incapacité juridique, quelle qu'elle soit et quelle qu'en soit l'ampleur, constitue donc une sorte de diminution, de réduction de la personnalité juridique justifiée par le fait que certaines personnes, dans la réalité, n'ont pas les moyens d'agir efficacement et pleinement. Il convient donc, pour le droit, d'apporter une réponse aux défis que pose la situation de faiblesse dans laquelle se trouvent ces personnes ou ces catégories de personnes. Cette réponse doit venir de la loi. En effet, il n'appartient pas aux individus de s'imposer à eux-mêmes, ou d'imposer à leurs semblables, une réduction de la capacité juridique. Les tribunaux non plus ne disposent pas de ce pouvoir même si, depuis 1990, la loi leur permet de circonscrire le champ de capacité de certaines personnes inaptes, comme nous le verrons en détail dans le chapitre sur la protection des majeurs à capacité réduite. Mais là encore, ce pouvoir est prévu par la loi et ne peut être exercé que dans le respect scrupuleux des conditions légales. Par conséquent, c'est bien dans la loi que l'incapacité trouve sa source. C'est également parce que les questions de capacité échappent

courts to try to reconcile the parties who consent does not apply in matters relating to the capacity of individuals.

(Deleury and Goubau, *supra*, at para. 393)

With this in view, the *Civil Code of Québec* provides for various kinds of protective supervision. They seek to minimize the impairment of individual independence as far as possible and allow the courts to tailor protective measures to specific situations and needs. Article 288 C.C.Q. reflects this approach with the tutorship of persons of full age:

288. The court may, on the institution of the tutorship or subsequently, determine the degree of capacity of the person of full age under tutorship, taking into consideration the medical and psychosocial assessment and, as the case may be, the advice of the tutorship council or of the persons who may be called upon to form the tutorship council.

The court then indicates the acts which the person under tutorship may perform alone or with the assistance of the tutor, or which he may not perform unless he is represented.

The institution of the adviser to a person of full age is another illustration of the legislative intention to minimize the impairment of personal freedom:

291. The court appoints an adviser to a person of full age who, although generally and habitually capable of caring for himself and of administering his property, requires, for certain acts or for a certain time, to be assisted or advised in the administration of his property.

The kind of judicial intervention sought by the appellant would not be consistent with the protective mechanisms established by the Quebec legislature in cases of incapacity. There is also no basis for it in art. 394.1 C.C.P. That article allows the court to adjourn a hearing until representation can be provided for a minor or an incapable person, when the court considers it is necessary in a proceeding. It may even appoint counsel for this purpose. There is no need to analyse the interpretation of this provision at length, or to speculate on how it is applied, which is not the subject of this case. Suffice it to say that this provision does not overturn the protective supervision of incapable persons, which is always

à l'emprise des personnes, que le Code de procédure prévoit que le pouvoir des tribunaux de tenter de concilier les parties qui y consentent ne s'applique pas en matière de capacité des personnes.

(Deleury et Goubau, *op. cit.*, par. 393)

Dans cet esprit, le *Code civil du Québec* prévoit des régimes de protection variés. Ils visent à minimiser autant que possible les atteintes à l'autonomie des personnes et permettent aux tribunaux de moduler les mesures de protection selon leur situation et leurs besoins concrets. L'article 288 C.c.Q. reflète cette approche dans le cas de la tutelle des majeurs :

288. À l'ouverture de la tutelle ou postérieurement, le tribunal peut déterminer le degré de capacité du majeur en tutelle, en prenant en considération l'évaluation médicale et psychosociale et, selon le cas, l'avis du conseil de tutelle ou des personnes susceptibles d'être appelées à en faire partie.

Il indique alors les actes que la personne en tutelle peut faire elle-même, seule ou avec l'assistance du tuteur, ou ceux qu'elle ne peut faire sans être représentée.

L'institution du conseiller au majeur représente une autre illustration de la volonté législative de minimiser les atteintes à la liberté des personnes :

291. Le tribunal nomme un conseiller au majeur si celui-ci, bien que généralement ou habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens, a besoin, pour certains actes ou temporairement, d'être assisté ou conseillé dans l'administration de ses biens.

Le type d'intervention judiciaire sollicité par l'appelante ne respecterait pas les mécanismes de protection en cas d'incapacité que le législateur québécois a mis en place. Il ne trouverait pas non plus appui dans l'art. 394.1 C.p.c. Celui-ci permet au tribunal de suspendre une instance jusqu'à ce que puisse être assurée la représentation d'un mineur ou d'un incapable, lorsqu'il l'estime nécessaire à l'occasion d'une instance. Il peut même désigner un procureur à cette fin. Il n'y a pas lieu d'analyser longuement l'interprétation de cette disposition, ni de spéculer sur ses modalités d'application, qui n'ont pas fait l'objet du présent litige. Il suffit de remarquer que cette disposition ne bouleverse pas le

13

14

governed by the *Civil Code of Québec*. It also does not contradict the principle of representation by advocates. On the contrary, it expressly recognizes it. Thus, despite the appellant's good intentions and her desire to protect her husband's interests, her application is not consistent with the fundamental principles and rules of civil procedure and of the civil law in Quebec.

V. Conclusion

15 For these reasons, I would dismiss the appeal, but without costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the respondent Régie de l'assurance maladie du Québec: Denis Semco, Sillery, Quebec.

Solicitors for the respondent Société de l'assurance automobile du Québec: Gélinas & Associés, Quebec.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Eva Petras, Montréal.

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

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Sillery, Quebec.

régime de protection des incapables qui relève toujours du *Code civil du Québec*. Elle ne nie pas non plus le principe de la représentation par avocat. Au contraire, elle le reconnaît en termes exprès. Ainsi, malgré la bonne volonté de l'appelante et son désir de protéger les intérêts de son mari, sa demande ne respecte pas des principes et des règles fondamentaux de la procédure civile et du droit civil du Québec.

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suggère de rejeter le pourvoi, mais sans dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'intimée la Régie de l'assurance maladie du Québec : Denis Semco, Sillery, Québec.

Procureurs de l'intimée la Société de l'assurance automobile du Québec : Gélinas & Associés, Québec.

Procureur nommé par la Cour en qualité d'amicus curiae : Eva Petras, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Sillery, Québec.

Barreau du Québec *Appellant*

v.

Christina McCulloch-Finney *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Federation
of Law Societies of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: FINNEY v. BARREAU DU QUÉBEC

Neutral citation: 2004 SCC 36.

File No.: 29344.

2004: February 12; 2004: June 10.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

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

Civil liability — Barreau — Immunity of professional orders — Nature and extent of Barreau's civil liability — Action in damages against Barreau for breach of obligation to protect public in handling of complaints against an advocate — Whether Barreau can claim immunity set out in Professional Code — Concept of good faith — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 23, 193 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1376.

Law of professions — Professional orders — Civil liability — Immunity — Barreau — Scope of immunity granted to professional orders — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 193.

B was entered on the Roll of the Order of Advocates in 1978. Between 1981 and 1987, the Barreau's Committee on Discipline and the Professions Tribunal found him guilty on at least three occasions of disciplinary offences. In 1990, after a lengthy investigation, the Professional Inspection Committee submitted a report to the Executive Committee concluding that B was incompetent. Two years later, the Executive Committee required that B complete a refresher training period and ordered that he practise his profession only under the supervision of a tutor. The respondent's difficulties with B began in 1990.

Barreau du Québec *Appelant*

c.

Christina McCulloch-Finney *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et Fédération
des ordres professionnels de juristes du
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FINNEY c. BARREAU DU QUÉBEC

Référence neutre : 2004 CSC 36.

N^o du greffe : 29344.

2004 : 12 février; 2004 : 10 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Barreau — Immunité des ordres professionnels — Nature et étendue de la responsabilité civile du Barreau — Action en dommages-intérêts contre le Barreau pour manquement à son obligation de protéger le public dans le traitement de plaintes portées contre un avocat — Le Barreau peut-il bénéficier de la disposition d'immunité prévue au Code des professions? — Concept de bonne foi — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 23, 193 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376.

Droit des professions — Ordres professionnels — Responsabilité civile — Immunité — Barreau — Portée de l'immunité conférée aux ordres professionnels — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 193.

Maître B est inscrit au Tableau de l'Ordre des avocats en 1978. Entre 1981 et 1987, le Comité de discipline du Barreau et le Tribunal des professions reconnaissent sa culpabilité à trois reprises relativement à des infractions d'ordre disciplinaire. En 1990, à la suite d'une longue enquête, le Comité d'inspection professionnelle remet au Comité administratif un rapport qui conclut à l'incompétence de B et, deux ans plus tard, le Comité administratif lui impose un stage de perfectionnement et lui ordonne d'exercer sa profession sous la surveillance d'un maître de stage. Les démêlés de l'intimée avec B commencent

Between 1991 and 1993, she filed several complaints against B and even contacted the Office des professions to complain about the Barreau's inaction. It was not until 1994 that the syndic served B with a request to have him provisionally struck off the Roll, which was granted by the Barreau's Committee on Discipline in May 1994. In 1998, B was found guilty on 17 counts and struck off the Roll of the Order for five years. In 1996, the respondent launched an action in damages against the Barreau for breach of its obligation to protect the public in the handling of the complaints made against B. The Superior Court dismissed the action. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal in part and ordered the Barreau to pay her \$25,000 for the moral injury she had suffered.

Held: The appeal should be dismissed.

It is the *Professional Code* that sets out the basic rules governing the organization and activities of professional orders in Quebec, including the Barreau. Section 23 of the Code expressly provides that professional orders are created primarily to protect the public. To this end, the Code establishes two mechanisms for monitoring the professional competence of the members of a professional order and ensuring compliance with the rules of ethics, namely professional inspection and disciplinary action. On the other hand, because of the difficulties and risks to which the professional orders are exposed in performing their various functions, s. 193 of the Code prohibits prosecutions of professional orders and their officers and staff for acts engaged in "in good faith in the performance of their duties" or functions. This immunity provision gives professional orders the scope to act and the latitude and discretion that they need in order to perform their duties. This case raises the question of civil liability for acts or omissions of the Barreau in relation to the performance of its duties and functions in respect of supervision of the profession of law, that is, the manner in which the complaints made by the respondent were handled. The respondent alleged a number of consecutive faults which continued to be committed up to 1994. Since the legal situation of the parties was still in the course of being created on January 1, 1994, the rules governing liability in the *Civil Code of Québec* apply by virtue of the principle that the new legislation had immediate effect, set out in the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*.

The Barreau du Québec is a public body and, because of the specific nature of governments and the diversity and complexity of the duties assigned to them, art. 1376 C.C.Q. recognizes that the general rules of liability set out in art. 1457 C.C.Q. apply only "subject to any other rules of law which may be applicable to them". In this

en 1990. Elle dépose plusieurs plaintes contre ce dernier entre 1991 et 1993 et, devant l'inaction du Barreau, communique même avec l'Office des professions. Ce n'est qu'en 1994 que le syndic fait signifier à B une requête pour radiation provisoire. Le Comité de discipline du Barreau accorde la requête en mai 1994 et, en 1998, B est reconnu coupable de 17 chefs d'accusation et radié du Tableau de l'Ordre pour cinq ans. L'intimée intente une action en dommages-intérêts contre le Barreau en 1996 pour manquement à son obligation de protéger le public dans le traitement des plaintes portées contre B. La Cour supérieure rejette l'action. La Cour d'appel accueille en partie le pourvoi de l'intimée et condamne le Barreau à lui verser la somme de 25 000 \$ pour le préjudice moral qu'elle a subi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le *Code des professions* définit les règles fondamentales de l'organisation et de l'action des ordres professionnels au Québec, dont le Barreau. L'article 23 du Code prévoit expressément qu'ils sont formés d'abord dans le but de protéger le public. À cette fin, le Code établit deux mécanismes d'intervention pour surveiller la compétence professionnelle des membres d'un ordre professionnel et le respect des règles déontologiques, soit l'inspection professionnelle et la discipline. Par ailleurs, en raison des difficultés et des risques rattachés à l'exercice de leurs fonctions diverses, l'art. 193 du Code interdit les poursuites contre les ordres professionnels, leurs dirigeants et leur personnel en raison d'actes accomplis « de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions ». Cette disposition d'immunité assure aux ordres professionnels la liberté d'action et les marges d'appréciation et de discrétion nécessaires à leurs fonctions. La présente affaire soulève la responsabilité civile du Barreau pour des actes ou des omissions liés à l'exécution de ses fonctions de surveillance de la profession d'avocat, soit la gestion des plaintes portées par l'intimée. Cette dernière allègue plusieurs fautes consécutives dont la commission se poursuit jusqu'en 1994. Étant donné que la situation juridique des parties se trouvait encore en cours de création au 1^{er} janvier 1994, le régime de responsabilité du *Code civil du Québec* s'applique en vertu du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle que prévoit la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*.

Le Barreau du Québec constitue un organisme à caractère public et, vu la spécificité de l'administration publique et la diversité et la complexité des tâches qui lui sont dévolues, l'art. 1376 C.c.Q. reconnaît que le régime général de responsabilité prévu à l'art. 1457 C.c.Q. ne s'applique que « sous réserve des autres règles de

case, the changes to the general rules reflect the nature of the faults that are required to be shown in order to establish liability that is limited by the partial immunity granted by s. 193 of the *Professional Code*. Since good faith is the key concept in this provision, the respondent must show that the Barreau acted in bad faith. However, in the case of duties relating to the management of disciplinary cases, it would be contrary to the fundamental objective of protecting the public set out in s. 23 of the *Professional Code* if this immunity provision were interpreted as requiring evidence of malice or intent to harm in order to rebut the presumption of good faith. The concept of bad faith must be given a broader meaning that encompasses serious carelessness or recklessness.

The conduct of the Barreau, when considered in its entirety, constitutes a fault for which it cannot claim the immunity set out in s. 193. Exceptional though the case may have been, the conduct of the Barreau was not up to the standards imposed by its fundamental mandate, which is to protect the public. The virtually complete absence of the diligence called for in the situation amounted to a fault consisting of gross carelessness and serious negligence. Neither the need to adhere to the statutory and procedural discipline framework and to act with care and caution nor the complexity inherent in any administrative process can explain the slowness seen in this case. The nature of the complaints and B's professional record in fact made it plain that this was an urgent case that had to be dealt with very diligently to ensure that the Barreau carried out its mission of protecting the public in general and a clearly identified victim in particular. Despite the urgency of the situation the Barreau took over a year to request provisional striking off. The very serious carelessness the Barreau displayed amounts to bad faith, and the Barreau is civilly liable. As to the existence of a causal connexion and the assessment of the injury suffered by the respondent, the Barreau has not shown any error in the Court of Appeal's judgment.

Finally, this is an exceptional case in which the circumstances justify awarding the respondent costs on a solicitor and client basis since she represented herself until the case came before this Court and her appeal raises issues of general importance concerning the application of the legislation governing the professions in Quebec, the implications of which go beyond her particular case.

Cases Cited

Referred to: *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Quebec (Commission des droits de la*

droit qui leur sont applicables ». En l'espèce, le régime général est modifié quant à la nature des fautes requises pour établir une responsabilité restreinte par l'immunité partielle que confère l'art. 193 du *Code des professions*. Puisque la bonne foi est le concept clef de cette disposition, l'intimée doit donc démontrer que le Barreau a agi de mauvaise foi. Cependant, dans le cas des fonctions de gestion des dossiers disciplinaires, il serait contraire à l'objectif fondamental de protection du public que prévoit l'art. 23 du *Code des professions*, de donner à la disposition d'immunité une portée telle que la preuve de l'intention de nuire ou de la malice soit requise pour écarter la présomption de bonne foi. La notion de mauvaise foi doit recevoir une portée plus large englobant l'incurie ou l'insouciance grave.

La conduite du Barreau, envisagée dans son ensemble, représente une faute dont la nature ne lui permet pas de bénéficier de l'immunité prévue à l'art. 193. Aussi exceptionnel qu'ait été le dossier, le comportement du Barreau n'a pas été à la hauteur des exigences de son mandat fondamental de protection du public. L'absence presque totale de la diligence requise par la situation équivalait à une faute d'imprudence et de négligence grave. Ni la nécessité de respecter le cadre législatif et procédural de la discipline, d'agir avec soin et attention, ni la lourdeur inhérente au fonctionnement de toute administration, n'expliquent la lenteur constatée en l'espèce. La nature des plaintes et le profil professionnel de B confirmaient pourtant qu'il s'agissait d'un cas urgent devant être traité avec une grande diligence pour permettre au Barreau de remplir sa mission de protection du public en général et d'une victime bien identifiée en particulier. Malgré l'urgence de la situation, le Barreau a mis plus d'un an pour demander une radiation provisoire. L'imprudence très grave du Barreau peut être assimilée à de la mauvaise foi et engage sa responsabilité civile. En ce qui concerne l'existence du lien de causalité et l'évaluation du préjudice subi par l'intimée, le Barreau n'a démontré aucune erreur dans le jugement de la Cour d'appel.

Enfin, il s'agit en l'espèce d'un cas d'exception où les faits justifient d'accorder à l'intimée des dépens sur une base client-avocat puisqu'elle s'est défendue seule jusque devant cette Cour et que le pourvoi de l'appelant soulève des questions d'importance générale concernant l'application de la législation professionnelle du Québec, dont la portée dépassait son cas particulier.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Québec (Commission des*

personne et des droits de la jeunesse) v. *Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789, 2004 SCC 30; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Québec (Procureur général) v. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. vi; *Québec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475; *Directeur de la protection de la Jeunesse v. Quenneville*, [1998] R.J.Q. 44, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. xiii; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, ss. 81 et seq. [rep. 1994, c. 40, s. 261], 128.
Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, ss. 3, 85.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 1376, 1457, 1474, 2805.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, art. 23, 48, 109, 112, 113, 116, 121 et seq., 126 et seq., 130, 162, 164, 193 [am. 1988, c. 29, s. 59], 194, 195, 196.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 2003.
 Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vols. 4 and 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. «La mauvaise foi et la responsabilité de l'État», dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 117.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 1639, [2002] R.R.A. 706, [2002] Q.J. No. 1522 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, [1999] R.R.A. 83, [1998] Q.J. No. 3690 (QL). Appeal dismissed.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., Raymond Doray and Jean St-Onge, for the appellant.

droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. *Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. vi; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Corporation de St-Joseph de Beauce c. Lessard*, [1954] B.R. 475; *Directeur de la protection de la Jeunesse c. Quenneville*, [1998] R.J.Q. 44, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. xiii; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 1376, 1457, 1474, 2805.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 23, 48, 109, 112, 113, 116, 121 et suiv., 126 et suiv., 130, 162, 164, 193 [mod. 1988, ch. 29, art. 59], 194, 195, 196.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 3, 85.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.
Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 81 et suiv. [abr. 1994, ch. 40, art. 261], 128.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6^e éd. Cowansville : Yvon Blais, 2003.
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1989.
 Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État », dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 1639, [2002] R.R.A. 706, [2002] J.Q. n° 1522 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1999] R.R.A. 83, [1998] A.Q. n° 3690 (QL). Pourvoi rejeté.

J. Vincent O'Donnell, c.r., Raymond Doray et Jean St-Onge, pour l'appelant.

Guy J. Pratte, Susie N. Paquette and Georges Thibaudeau, for the respondent.

Michel F. Denis and Michèle Ducharme, for the intervener the Attorney General of Canada.

William J. Atkinson, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

An independent bar composed of lawyers who are free of influence by public authorities is an important component of the fundamental legal framework of Canadian society. In Canada, our tradition of allowing the legal profession to regulate itself can largely be attributed to a concern for protecting that independence and to lawyers' own staunch defence of their autonomy. In return, the delegation of powers by the State imposes obligations on the governing bodies of the profession, which are then responsible for ensuring the competence and honesty of their members in their dealings with the public (see *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 CSC 45, at paras. 11-18 and 52, *per* Gonthier J.). Subject to the limits defined by the applicable legal rules and principles, a law society will be liable for a breach of this supervisory duty. Such cases are indeed rare, but one has arisen in this instance. For the reasons that follow, which differ in part from the reasons of the Quebec Court of Appeal ([2002] R.J.Q. 1639), I would dismiss the appeal by the Barreau du Québec ("Barreau") and accordingly affirm the decision appealed from, which found the Barreau liable to the respondent, Christina McCulloch-Finney, and ordered it to pay her \$25,000 in moral damages. The appeal thus raises the issues of the nature and extent of the Barreau's liability and the scope of the immunities it enjoys in the exercise of the duties and functions assigned to it by the legislation governing the organization of the profession and the practice of the profession of law in Quebec, on which it relies here.

Guy J. Pratte, Susie N. Paquette et Georges Thibaudeau, pour l'intimée.

Michel F. Denis et Michèle Ducharme, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

William J. Atkinson, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Un barreau indépendant, composé d'avocats libres vis-à-vis des pouvoirs publics, constitue un élément important de l'ordre juridique fondamental de la société canadienne. Le souci de protection de cette indépendance, ainsi que la volonté tenace d'autonomie des avocats, expliquent en grande partie la tradition d'autoréglementation des professions juridiques au Canada. En contrepartie, cette délégation de pouvoirs par l'État impose des obligations aux ordres professionnels chargés désormais de veiller sur la compétence et l'honnêteté de leurs membres à l'égard du public (voir *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 11-18 et 52, le juge Gonthier). Dans les limites définies par les règles et principes juridiques pertinents, il arrive que la violation de cette obligation de surveillance engage la responsabilité civile d'un barreau. Un tel cas, sans doute rare, est survenu en l'espèce. Pour les motifs que j'expose ci-après, qui diffèrent en partie de ceux de la Cour d'appel du Québec ([2002] R.J.Q. 1639), je propose de rejeter le pourvoi du Barreau du Québec (« Barreau »), confirmant ainsi l'arrêt d'appel qui a conclu à la responsabilité de ce dernier envers l'intimée, M^{me} Christina McCulloch-Finney, et l'a condamné à verser à celle-ci 25 000 \$ à titre de dommages-intérêts moraux. Le pourvoi remet ainsi en cause la nature et l'étendue de la responsabilité civile du Barreau ainsi que la portée des immunités qu'il invoque dans le cadre de l'exercice des fonctions que lui confient les lois relatives à l'organisation professionnelle et à l'exercice de la profession d'avocat au Québec.

II. Origin of the Case

2 Following an order I made on October 22, 2003, the appellant filed a certificate stating that parts of the record were still covered by a sealing order and publication ban. Since some of the facts covered by the publication ban will be mentioned, the ban will be lifted with respect to the information disclosed in these reasons.

3 The Barreau's difficulties and the problems experienced by McCulloch-Finney, and the ten-year dispute between the parties, can be traced to a lawyer named Éric Belhassen and his misconduct. Mr. Belhassen was entered on the Roll of the Order of Advocates in 1978. In short order, he committed several breaches of professional ethics. Between 1980 and 1985, the Syndic of the Barreau lodged four disciplinary complaints against him for a variety of offences. The Committee on Discipline and the Professions Tribunal found him guilty on at least three occasions between 1981 and 1987. The Barreau was also concerned about his professional competence. The Professional Inspection Committee, the body with jurisdiction in this respect, initiated the first investigation in 1985. In 1990, after a number of delays caused for the most part by investigators departing and new investigators being appointed, the Professional Inspection Committee submitted a report to the Executive Committee concluding that Belhassen was incompetent. It recommended that his right to practise be completely suspended and that he be required to repeat his professional training in its entirety at the École du Barreau. The Court of Appeal characterized the Committee's recommendation as [TRANSLATION] "polite, but alarming" (para. 11). The Professional Inspection Committee seemed to be persuaded that Belhassen was incompetent and unfit to practise the profession. At the same time, it recommended that the Executive Committee order, under ss. 81 *et seq.* of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1 (repealed on October 15, 1994; see now s. 48 of the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26), that Belhassen submit to a medical examination to

II. L'origine du litige

À la suite d'une ordonnance rendue par le soussigné en date du 22 octobre 2003, l'appellant a déposé une attestation indiquant qu'il y avait toujours une ordonnance de mise sous scellés et une ordonnance de non-publication concernant certaines pièces du dossier. Puisque je mentionne certains faits visés par l'interdiction de publication, il y a lieu de lever cette interdiction à l'égard des renseignements divulgués dans les présents motifs.

Un avocat délinquant, M^e Éric Belhassen, se trouve à l'origine des difficultés du Barreau, des problèmes de M^{me} McCulloch-Finney et du conflit qui oppose les parties depuis plus de dix ans. M^e Belhassen est inscrit au Tableau de l'Ordre des avocats en 1978. Très vite, il commet des fautes déontologiques. Quatre fois de 1980 à 1985, le syndic du Barreau porte des plaintes disciplinaires contre lui pour des infractions variées. Le Comité de discipline et le Tribunal des professions reconnaissent sa culpabilité au moins trois fois entre 1981 et 1987. Par ailleurs, le Barreau s'inquiète de sa compétence professionnelle. L'organisme compétent en cette matière, le Comité d'inspection professionnelle, entame une première enquête en 1985. En 1990, après divers retards causés en grande partie par le départ et la nomination d'enquêteurs successifs, le Comité d'inspection professionnelle remet au Comité administratif un rapport qui conclut à l'incompétence de M^e Belhassen. Il recommande de suspendre totalement son droit d'exercice et de l'obliger à reprendre en entier sa formation professionnelle à l'École du Barreau. La Cour d'appel qualifie la recommandation du Comité de « polie mais alarmante » (par. 11). Le Comité d'inspection professionnelle semble convaincu de l'incompétence de M^e Belhassen et de son inaptitude à exercer la profession. Parallèlement, il recommande au Comité administratif d'ordonner, en vertu des art. 81 et suiv. de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1 (abrogés le 15 octobre 1994; voir maintenant l'art. 48 du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26), qu'il se soumette à un examen médical pour vérifier son aptitude physique ou psychique à l'exercice de la

determine his physical and mental fitness to practise the profession. The examination was performed. The Court of Appeal judgment is silent as to its results.

The Executive Committee then convened to consider the report of the Professional Inspection Committee. Belhassen was given notice to attend and was heard. Ultimately, on June 1, 1992, the Executive Committee did not suspend Belhassen's right to practise law. Instead, it decided to require that he complete a refresher training period, which consisted of participating in the activities offered by the Continuing Education Department of the Barreau in family law. Belhassen was also restricted to practising his profession under the supervision of a tutor, an eminent Montréal lawyer. The tutor was to submit quarterly reports to the Executive Committee. The tutor agreed to the appointment and undertook work under that mandate, which ended a year later in the circumstances described below.

In the interim, between 1990 and 1992, McCullock-Finney's conflict with Belhassen was brewing. The respondent had the misfortune of crossing paths with this member of the Barreau in 1990. At the time, her husband, Samir Badr, was being represented by Belhassen in some commercial litigation. The respondent's son, Jasson, had also retained his services for a number of matters. McCullock-Finney gave Belhassen a \$2,000 advance on her son's behalf. By a few months later, there was general dissatisfaction. Jasson and his mother sought an accounting. Belhassen sued McCullock-Finney to collect a debt that she claimed had been trumped up. In 1994, the action was dismissed. Jasson's lawyer then sent the Syndic of the Barreau a strongly worded complaint against Belhassen. The conflict between the respondent and the Barreau can be traced to this initial volley.

The respondent charged that the Barreau took no action on that complaint before it was repeated in 1996. The Barreau replied that an assistant syndic met with Belhassen to get his version of the events and then asked for comments from Jasson, who did not contact him again until 1996. After the initial complaint, there was one mishap after another. The lawyer representing McCullock-Finney filed a fresh

profession. Cet examen a lieu. Le jugement de la Cour d'appel n'en mentionne pas le résultat.

Le Comité administratif se saisit ensuite du rapport du Comité d'inspection professionnelle. Il convoque et entend M^e Belhassen. Finalement, le 1^{er} juin 1992, le comité ne suspend pas le droit d'exercice de l'avocat. Il décide plutôt de lui imposer un stage de perfectionnement qui consiste à suivre les activités offertes par la formation permanente du Barreau en droit familial. M^e Belhassen doit aussi exercer sa profession sous la surveillance d'un maître de stage, un avocat éminent de Montréal. Celui-ci doit présenter des rapports trimestriels au Comité administratif. Le maître de stage accepte sa nomination et entreprend l'exécution d'un mandat qui se terminera un an plus tard, dans des circonstances que je décrirai ci-après.

Sur les entrefaites, entre 1990 et 1992, commencent les démêlés de M^{me} McCullock-Finney avec M^e Belhassen. Pour son malheur, en effet, l'intimée entre en contact avec ce membre du Barreau en 1990. À cette époque, son conjoint, Samir Badr, est représenté par M^e Belhassen dans des litiges commerciaux. Le fils de l'intimée, Jasson, retient ses services pour quelques affaires. Sa mère verse une avance de 2 000 \$ à l'avocat. Au bout de quelques mois, l'insatisfaction règne. Jasson et sa mère demandent des comptes. M^e Belhassen poursuit M^{me} McCullock-Finney pour recouvrer une créance qu'elle estime factice. En 1994, la poursuite est rejetée. De son côté, l'avocat de Jasson adresse au syndic du Barreau une plainte contre M^e Belhassen rédigée en des termes très vifs. Les conflits entre l'intimée et le Barreau trouvent leur origine dans cette première démarche.

L'intimée reproche au Barreau de n'avoir donné aucune suite à cette plainte avant qu'elle ne soit réitérée en 1996. Le Barreau répond qu'un syndic adjoint a rencontré M^e Belhassen pour obtenir sa version des événements. Il aurait par la suite demandé ses commentaires à Jasson, qui n'aurait recommunié avec lui qu'en 1996. Après cette première plainte, les incidents se multiplient. L'avocat

4

5

6

complaint in January 1991 regarding his colleague's conduct toward him and contacted the Barreau again in March 1991 in connection with the same difficulties.

7 The next complaint was filed by the respondent herself on January 22, 1993. It arose out of a confrontation with Belhassen that took place after the breakdown of the respondent's relationship with her spouse, Samir Badr. Following a complex series of legal disputes involving numerous proceedings, the respondent obtained a judgment against Badr and attempted to have it executed. Belhassen at times represented Badr in those cases, or was involved in various ways. Once judgment had been given, he himself brought a whole range of proceedings, or had them brought by third persons, to prevent execution of the judgment and recovery of the money owing. The complaint filed in January 1993 alleged breaches of the rules of ethics in the course of those proceedings. For instance, it was alleged that Belhassen had appeared both for the plaintiff and for the defendant in a proceeding thought up in an attempt to create a debt that could be set off against the respondent. Further complaints were sent to the syndic over the weeks that followed. McCulloch-Finney's lawyer alerted the Office of the Syndic to the fact the Belhassen was threatening him with bankruptcy proceedings. Belhassen later withdrew the petition in bankruptcy, however, after being given notice to appear by the Syndic in early March 1993. At that time, apart from files being opened and investigations initiated, nothing had yet been done. The respondent therefore decided to contact the Office des professions to complain about the Barreau's inaction. She brought the first action in damages against both the Barreau and Belhassen. At the end of April, however, she withdrew the action as against the appellant.

8 In the interim, the guerilla war that Belhassen had started in the courts reached its peak. The Superior Court was concerned about the deluge of proceedings, and the unusual nature of those proceedings. The Hon. Pierre A. Michaud, Associate Chief Justice of the Superior Court, had all of the proceedings joined and brought before him, and

qui représente désormais M^{me} McCulloch-Finney dépose une nouvelle plainte en janvier 1991 au sujet du comportement de son confrère à son endroit et communique à nouveau avec le Barreau en mars 1991 relativement aux mêmes difficultés.

La plainte suivante est déposée par l'intimée elle-même le 22 janvier 1993. Elle résulte d'un affrontement avec M^e Belhassen survenu à la suite de la rupture de l'intimée avec son conjoint, Samir Badr. Après des débats judiciaires complexes, marqués par des procédures multiples, l'intimée obtient un jugement qu'elle cherche à faire exécuter contre M. Badr. Dans le cadre de ces affaires, M^e Belhassen représente parfois M. Badr ou intervient de manières diverses. Le jugement rendu, il engage lui-même ou suscite de la part de tiers les procédures les plus variées pour empêcher l'exécution du jugement et le recouvrement de la créance. La plainte portée en janvier 1993 allègue des manquements aux règles déontologiques commis à l'occasion de ces procédures. Ainsi, M^e Belhassen aurait comparu à la fois pour le demandeur et le défendeur dans une procédure imaginée pour tenter d'obtenir une créance opposable à l'intimée. Des plaintes additionnelles sont transmises au syndic au cours des semaines suivantes. L'avocat de M^{me} McCulloch-Finney porte à l'attention du Bureau du syndic les menaces de mise en faillite que lui communique M^e Belhassen. Ce dernier se désiste toutefois de sa procédure en faillite après avoir été convoqué par le syndic au début de mars 1993. À cette date, sauf l'ouverture des dossiers et des débuts d'enquêtes, rien n'a encore été fait. L'intimée communique alors avec l'Office des professions pour se plaindre de l'inaction du Barreau. Elle intente une première action en dommages-intérêts contre ce dernier et M^e Belhassen. Fin avril, elle se désiste à l'égard de l'appelant.

Dans l'intervalle, la guerilla judiciaire engagée par M^e Belhassen atteint son paroxysme. Le déluge de procédures et leur caractère inhabituel inquiètent la Cour supérieure. Le juge en chef adjoint de la Cour supérieure, l'honorable Pierre A. Michaud, réunit toutes les procédures devant lui et convoque tous les intéressés. Le Bureau du syndic est prévenu

summoned all of the parties involved. The Office of the Syndic was given notice by the Superior Court and attended the hearing, the outcome of which was that any proceeding brought by Belhassen was to be subject to a special review. All this time, the tutor noticed nothing. At the end of April 1993, he complained to the Syndic that he was no longer able to contact Belhassen. He then learned about the Superior Court's intervention in respect of a series of proceedings, none of which he knew anything about. A few days later, he resigned from his position as tutor and reported to the Executive Committee. As a result of the respondent's complaints, further communications from the Office des professions, the Superior Court hearing and the breakdown of the refresher training, the seriousness of the situation created by Belhassen's behaviour prompted the Chief Syndic to recommend to the Executive Committee that a syndic *ad hoc* be appointed. The appointment was made in October, and the new syndic took over the files in November.

In the interim, as the Court of Appeal observed, [TRANSLATION] "Belhassen's guerrilla war against the [respondent] in the courts was in full gear" (para. 34). On October 28, 1993, the lawyer who was then advising the respondent contacted the Office des professions to stress the seriousness of the case. The Office asked the Barreau for an explanation on November 3. A few days later, in response to threats from Belhassen, the lawyer withdrew from the case. On January 12, 1994, the Office again contacted the Barreau and asked it to come to the respondent's assistance. On January 14, the syndic *ad hoc* sent Belhassen a formal notice and gave him 15 days to explain his actions. On March 29, 1994, the syndic *ad hoc* served Belhassen with a complaint containing 23 counts, and attached a request to have him provisionally struck off the Roll. Belhassen was provisionally struck off by the Committee on Discipline of the Barreau on May 19, 1994, effective May 24, 1994. On April 22, 1998, the Committee on Discipline found Belhassen guilty on 17 counts. On August 12, 1998, he was struck off the Roll of the Order for five years, but retroactively to 1994.

par la Cour supérieure et assiste à cette audience à l'issue de laquelle est imposé un contrôle spécial de toute procédure engagée par M^e Belhassen. Tout ce temps, le maître de stage n'a rien remarqué. À la fin d'avril 1993, il se plaint au syndic qu'il n'arrive plus à joindre M^e Belhassen. Il apprend l'intervention de la Cour supérieure à l'égard d'un ensemble de procédures dont il ignorait tout. Quelques jours plus tard, il se démet de sa fonction de maître de stage et fait rapport au Comité administratif. À la suite des plaintes de l'intimée, de nouvelles communications de l'Office des professions, de l'audience devant la Cour supérieure et de l'échec du stage, la gravité de la situation créée par le comportement de M^e Belhassen conduit le syndic en chef à recommander au Comité administratif de nommer un syndic *ad hoc*. La nomination intervient en octobre, et le syndic désigné prend charge des dossiers en novembre.

Sur les entrefaites, comme le note la Cour d'appel, « la guérilla judiciaire de Belhassen contre [l'intimée] bat son plein » (par. 34). Le 28 octobre 1993, l'avocate qui conseille alors l'intimée communique avec l'Office des professions pour lui souligner la gravité du dossier. L'Office demande des explications au Barreau le 3 novembre. Quelques jours plus tard, menacée par M^e Belhassen, l'avocate se retire du dossier. Le 12 janvier 1994, l'Office intervient à nouveau auprès du Barreau et lui demande de venir en aide à l'intimée. Le 14 janvier, le syndic *ad hoc* envoie une mise en demeure à M^e Belhassen et lui donne 15 jours pour s'expliquer. Le 29 mars 1994, le syndic *ad hoc* lui fait signifier une plainte contenant 23 chefs d'accusation et y joint une requête pour radiation provisoire. Accordée le 19 mai 1994 par le Comité de discipline du Barreau, la radiation provisoire prend effet le 24 mai 1994. Le 22 avril 1998, le Comité de discipline reconnaît la culpabilité de M^e Belhassen relativement à 17 chefs d'accusation. Le 12 août 1998, il est radié du Tableau de l'Ordre pour cinq ans, mais rétroactivement à 1994.

III. Judicial History

10 Before the disciplinary proceedings against Belhassen concluded, the respondent launched an action against the Barreau in damages, on January 8, 1996. In the action as amended on July 31, 1998, the respondent claimed \$975,000 in compensatory, material, moral and exemplary damages. The respondent was initially seeking damages against the Barreau and certain of its senior officials for breach of their obligation to protect the public in their handling of the complaints made against Belhassen. The Barreau vigorously denied any wrongdoing but, on the other hand, cited the immunities granted by the legislation that governs the professions in Quebec.

A. *Quebec Superior Court*, [1999] R.R.A. 83

11 The respondent failed completely in the Superior Court. In its judgment, the court analyzed the Belhassen case, the relationship between Belhassen and the respondent and the dispute between the respondent and the Barreau carefully and at length. Because of the three-year prescription in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, the trial judge held that since the action had been served in early 1996, only the facts that had transpired since the beginning of 1993 should be taken into account in determining whether the Barreau had committed any wrongful acts for which it could be held liable. In the judge's opinion, because of the immunity granted to the Barreau and its functionaries and officers by s. 193 of the *Professional Code* for acts engaged in the performance of their duties or functions, the respondent had to prove intentional wrongdoing. While he recognized that there had been considerable delays in the consideration of the complaints made by McCulloch-Finney and in the course taken by the disciplinary proceedings against Belhassen, Normand J. concluded that the Barreau had exercised its powers properly and had committed no wrongful act in this case, the difficulty of which he acknowledged. He therefore dismissed the action. His judgment was appealed to the Quebec Court of Appeal.

III. L'historique judiciaire

Avant le terme des procédures disciplinaires engagées contre M^e Belhassen, l'intimée intente une action en dommages-intérêts contre le Barreau le 8 janvier 1996. Dans sa demande modifiée le 31 juillet 1998, l'intimée réclame 975 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires, matériels, moraux et punitifs. L'intimée recherche à l'origine la condamnation du Barreau et de certains de ses cadres administratifs pour manquement à leur obligation de protéger le public dans le traitement des plaintes portées contre M^e Belhassen. Le Barreau nie avec vigueur avoir commis quelque faute, mais invoque par ailleurs les immunités conférées par la législation professionnelle du Québec.

A. *Cour supérieure du Québec*, [1999] R.R.A. 83

L'intimée essuie un échec complet devant la Cour supérieure. Dans son jugement, celle-ci analyse longuement et attentivement le dossier Belhassen, les rapports entre cet avocat et l'intimée ainsi que le litige qui a opposé cette dernière au Barreau. En raison de la prescription triennale prévue par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, le premier juge estime que, puisque l'action a été signifiée au commencement de l'année 1996, seuls les faits survenus depuis le début de 1993 doivent être pris en compte pour déterminer si le Barreau a commis des fautes susceptibles d'engager sa responsabilité civile. À son avis, en raison de l'immunité que l'art. 193 du *Code des professions* accorde au Barreau et à ses fonctionnaires et dirigeants pour les actes accomplis dans l'exécution de leurs fonctions, l'intimée doit prouver la faute intentionnelle. Tout en reconnaissant les retards importants dans l'examen des plaintes portées par M^{me} McCulloch-Finney et dans le déroulement des poursuites disciplinaires contre M^e Belhassen, le juge Normand conclut que le Barreau a correctement exercé ses pouvoirs et n'a commis aucune faute dans ce dossier, dont il reconnaît la difficulté. Il conclut en conséquence au rejet de l'action. Son jugement est porté devant la Cour d'appel du Québec.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 1639 (Deschamps, Robert and Pelletier JJ.A.)

The Quebec Court of Appeal allowed the respondent's appeal in part. The court held, first, that the trial judge had erred in failing to have regard to the events prior to January 1993 in assessing the Barreau's liability. Even though an action in liability based on those specific facts was prescribed, they should have been taken into account in assessing the conduct of the Barreau in this case. The Court of Appeal examined those facts and the facts set out by Normand J., and strongly criticized the Barreau's conduct. In short, Belhassen posed a grave and imminent danger to the public and the Barreau was aware of this danger. The court found the time that elapsed between the complaints made by the respondent in early 1993 and the request for provisional striking off to be unacceptable and inexcusable. In the court's opinion, the Barreau had, by its conduct, failed to exercise the administrative discretion and perform the duties delegated to it by the *Professional Code* to achieve the objective set out in s. 23: the protection of the public. The court found that the Barreau had thus failed to exercise its jurisdiction and accordingly no longer enjoyed the immunity set out in s. 193 of the *Professional Code*. Consequently, the delays and negligence on its part all constituted civil faults for which it was liable. The Court of Appeal concluded by ruling that McCulloch-Finney had suffered a moral injury which it assessed in the amount of \$25,000, and which it imputed to the wrongful acts committed by the appellant. The appeal decision therefore ordered the Barreau to pay that amount but denied any relief against individual members of the Barreau's staff. The appeal for which leave was granted by this Court seeks to have that judgment set aside and the action dismissed in its entirety.

IV. Relevant Legislation

The relevant statutory provisions, as they read at the time of the dispute, are as follows:

Professional Code, R.S.Q., c. C-26

23. The principal function of each corporation shall be to ensure the protection of the public.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2002] R.J.Q. 1639 (les juges Deschamps, Robert et Pelletier)

La Cour d'appel du Québec accueille en partie le pourvoi de l'intimée. Elle reproche d'abord au premier juge de ne pas avoir tenu compte des événements antérieurs à janvier 1993 pour apprécier la responsabilité du Barreau. Même si une action en responsabilité basée sur ces faits particuliers était prescrite, ceux-ci devaient être pris en compte pour apprécier le comportement du Barreau dans cette affaire. Examinant ces faits et ceux relatés par le juge Normand, la Cour d'appel critique vivement la conduite du Barreau. En somme, M^e Belhassen présentait pour le public un danger grave et imminent dont le Barreau connaissait l'existence. Elle juge inacceptable et inexcusable le temps écoulé entre les plaintes portées par l'intimée au début de 1993 et la requête en radiation provisoire. À son avis, par sa conduite, le Barreau n'a pas exercé la discrétion administrative et les fonctions que lui délègue le *Code des professions* pour atteindre l'objectif fixé à l'art. 23 de celui-ci, soit la protection du public. Il aurait ainsi omis d'exercer sa compétence et aurait cessé, de ce fait, de bénéficier de l'immunité prévue à l'art. 193 du *Code des professions*. En conséquence, ses retards et ses négligences constitueraient autant de fautes civiles qui engageraient sa responsabilité. La Cour d'appel décide enfin que M^{me} McCulloch-Finney a subi un préjudice moral qu'elle évalue à 25 000 \$ et qu'elle impute aux fautes commises par l'appellant. L'arrêt d'appel condamne donc le Barreau à payer cette somme, mais rejette toute conclusion contre les membres de son personnel. Le pourvoi autorisé devant notre Cour vise la cassation de ce jugement et le rejet complet de l'action.

IV. Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes, telles qu'elles existaient à l'époque du litige, se lisent ainsi :

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26

23. Chaque corporation a pour principale fonction d'assurer la protection du public.

For this purpose it must in particular supervise the practice of the profession by its members.

193. The syndics, assistant syndics, corresponding syndics, the investigators and experts of a professional inspection committee, the members of the Office, of a Bureau, of a committee on discipline, of a professional inspection committee or of a committee of inquiry established by a Bureau, and the members of a tribunal hearing an appeal from a decision by a committee on discipline or by a Bureau, shall not be prosecuted for acts done in good faith in the performance of their duties.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

1376. The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them.

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

V. Analysis

A. *The Nature of the Issues*

14

The issue in this appeal is the nature of the civil liability rules that apply to the activities of the Barreau, a public body with administrative, regulatory and disciplinary powers delegated by the Quebec National Assembly. The positions taken by the parties on that liability lead to different conclusions. The respondent argued that the rules were similar to the common law rules of liability. The appellant argued for rules under which it would be liable only in exceptional cases, because of the statutory immunities and the limitation of liability principles that it contends derive from the public law that applies in Quebec.

À cette fin, elle doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres.

193. Les syndics, les syndics adjoints, les syndics correspondants, les enquêteurs et les experts d'un comité d'inspection professionnelle, les membres de l'Office, d'un Bureau, d'un comité de discipline, d'un comité d'inspection professionnelle ou d'un comité d'enquête formé par un Bureau, de même que les membres du tribunal entendant un appel d'une décision d'un comité de discipline ou d'un Bureau, ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

V. Analyse

A. *La nature des questions en litige*

Le présent pourvoi met en jeu l'identification de la nature du régime de responsabilité civile applicable à l'activité de l'organisme public, doté de pouvoirs administratifs, réglementaires et disciplinaires délégués par l'Assemblée nationale du Québec, que constitue le Barreau du Québec. Les positions des parties orientent cette responsabilité dans des sens divergents. L'intimée essaie de rapprocher ce régime de responsabilité du droit commun. L'appelant veut y voir un régime qui ne reconnaît sa responsabilité que dans des cas exceptionnels, en raison des immunités légales et des principes de limitation de la responsabilité qui se dégageraient du droit public applicable au Québec.

Given these divergent positions, we must first examine the civil law rules that apply to the liability of professional orders. It will then be necessary to determine whether that liability is limited by the immunities or public law principles, and if so, to what extent. To complete this analysis, we will determine whether the conduct of the Barreau constitutes a fault for which it would have delictual civil liability. To carry out this analysis, we must first review the legal framework governing the activities of the Barreau in Quebec and the functions delegated to professional orders by Quebec legislation and, more specifically, by the *Professional Code*. In the course of this analysis, we will also review the mechanisms created for supervising the competence and discipline of lawyers and the obligations that the applicable legislation governing professions imposes on the Barreau in this respect.

B. *The Professional Organization of the Barreau in Quebec*

In Quebec law, it is the *Professional Code* that sets out the basic rules governing the organization and activities of the more than 40 professional orders, which include the Barreau. In addition, the *Act respecting the Barreau du Québec* contains special provisions that do not, however, alter the principles governing its organization and activities that are set out in the *Professional Code*. The *Professional Code* states the essential purpose for which independent orders, such as the Barreau du Québec, are created. The primary objective of those orders is not to provide services to their members or represent their collective interests. They are created to protect the public, as s. 23 of the *Professional Code* makes clear:

23. The principal function of each corporation shall be to ensure the protection of the public.

For this purpose it must in particular supervise the practice of the profession by its members.

(See also *Fortin v. Chrétien*, *supra*, at para. 11, per Gonthier J.)

Devant ces divergences, il faudra d'abord examiner le régime de droit commun applicable à la responsabilité des ordres professionnels. Ensuite, il sera nécessaire de se demander si — et le cas échéant, dans quelle mesure, — les immunités ou les principes de droit public modifient et limitent cette responsabilité. Enfin, dans le cadre défini par cette analyse, nous déterminerons si le comportement du Barreau constitue une faute de nature à engager sa responsabilité civile délictuelle. Cet examen exige au départ un rappel de l'encadrement juridique des activités du Barreau au Québec et des fonctions dévolues aux ordres professionnels par la législation québécoise, plus particulièrement par le *Code des professions*. Au cours de cette étude, il conviendra de revoir les mécanismes créés pour assurer la surveillance de la compétence et de la discipline des avocats, ainsi que les obligations que la législation professionnelle pertinente impose au Barreau à cet égard.

B. *L'organisation professionnelle du Barreau au Québec*

Dans le droit de la province de Québec, le *Code des professions* définit les règles fondamentales de l'organisation et de l'action des ordres professionnels, qui sont plus de quarante, dont le Barreau. La *Loi sur le Barreau* renferme en outre des dispositions particulières qui ne modifient cependant pas les principes d'organisation et d'action établis par le *Code des professions*. Celui-ci précise l'objectif essentiel de la formation d'ordres indépendants comme le Barreau du Québec. Le premier objectif de ces ordres n'est pas de fournir des services à leurs membres ou de défendre leurs intérêts collectifs. Ils sont formés dans le but de protéger le public, comme le veut l'art. 23 du *Code des professions* :

23. Chaque corporation a pour principale fonction d'assurer la protection du public.

À cette fin, elle doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres.

(Voir aussi *Fortin c. Chrétien*, précité, par. 11, le juge Gonthier.)

17

This legislation gives the members of the Barreau a monopoly over the performance of a number of professional acts, such as giving consultations, drawing up pleadings and representing parties before the courts (*Act respecting the Barreau du Québec*, s. 128). Since that monopoly was not created for private purposes, but rather to recognize the social importance of the role of the lawyer in a democratic society founded on the rule of law, it imposes significant obligations on the professional order to monitor the competence and supervise the conduct of its members once they have been entered on the Roll of the Order (*Fortin v. Chrétien*, at paras. 12-18).

18

The *Professional Code* establishes two mechanisms for monitoring the professional competence of the members of a professional order and ensuring compliance with the rules of ethics: professional inspection by the Syndic and the committees on discipline, and the discipline that they may impose. There are other means available to the Barreau to enable it to meet its objective of preserving the competence, honesty and diligence of its members, such as professional training, refresher training, information services and trust account audits. The only mechanisms of concern for the purposes of this appeal are professional inspection and discipline. Although the two share the ultimate goal of maintaining and improving professional standards, professional inspection is more specifically concerned with lawyers' competence, while discipline focusses on their conduct. The role of professional inspection is preventive, while the role of discipline is punitive. As we shall see, however, a single problem may raise both professional inspection and discipline issues. This was certainly true in the Belhassen case.

19

Like all other professional orders, the Barreau was required to establish a Professional Inspection Committee, in accordance with s. 109 of the *Professional Code*. The Committee performs a general function of supervising the manner in which professionals keep their records and offices. In addition, at the request of its Bureau or of its own initiative, the Committee may inquire into the fitness of

Ces dispositions confèrent aux membres du Barreau un monopole sur l'exécution d'un certain nombre d'actes professionnels tels que la consultation, la rédaction d'actes de procédure et la représentation devant les tribunaux (*Loi sur le Barreau*, art. 128). Puisque ce monopole n'est pas créé à des fins privées, mais pour reconnaître l'importance sociale du rôle de l'avocat dans une société démocratique fondée sur la règle de droit, il impose à l'ordre des obligations importantes de contrôle de la compétence et de surveillance de la conduite de ses membres après leur inscription au Tableau de l'Ordre (*Fortin c. Chrétien*, par. 12-18).

Le Code des professions établit deux mécanismes d'intervention pour surveiller la compétence professionnelle des membres d'un ordre professionnel et le respect des règles déontologiques, soit l'inspection professionnelle et la discipline assurées par le syndic et les comités de discipline. D'autres instruments sont à la disposition du Barreau pour remplir son objectif de maintien de la compétence, de l'honnêteté et de la diligence de ses membres, comme la formation professionnelle, la formation permanente, les services d'information ou l'inspection des comptes en fidéicommiss. Seules importent, pour les fins du présent pourvoi, l'inspection professionnelle et la discipline. Bien que les deux institutions convergent vers une finalité ultime de maintien et d'amélioration des standards professionnels, l'inspection professionnelle se préoccupe plus particulièrement de la compétence des avocats et la discipline de leur conduite. La première assumerait d'abord une fonction préventive; la seconde jouerait un rôle répressif. Comme nous le verrons toutefois, un même problème peut relever à la fois de l'inspection professionnelle et de la discipline. Il en fut certes ainsi dans le dossier Belhassen.

Comme tous les autres ordres professionnels, le Barreau a dû établir un comité d'inspection professionnelle, conformément à l'art. 109 du *Code des professions*. Ce comité remplit une fonction générale de surveillance de la tenue des dossiers et des cabinets des professionnels. De plus, sur demande du Bureau de l'ordre ou de sa propre initiative, il peut ouvrir une enquête sur un membre et vérifier

members to practise their profession, or their professional competence (s. 112). The Committee may recommend a range of measures, including training courses or limitations on the right to practise law (s. 113). It is then up to the decision-making bodies of the Barreau to take the action they consider appropriate. It should also be noted that the lawyer in question has to be heard, is entitled to defend himself or herself and has a right to appeal to the Professions Tribunal in certain cases.

The other mechanism for protecting the public is discipline. Under the *Professional Code*, an independent functionary, the Syndic, is responsible for investigating disciplinary complaints and deciding whether a complaint should be lodged with the Committee on Discipline. If the situation so warrants, the Syndic brings the matter to that Committee (ss. 121 *et seq.*). The procedure is adversarial. The Syndic must inform the lawyer and obtain his or her version of the facts. The Committee on Discipline is an administrative tribunal that is required to apply the rules of the adversarial process and the principles of procedural fairness (ss. 116 and 126 *et seq.*). No finding of guilt is made, or penalty imposed, until that process has been completed, and those decisions may be appealed to the Professions Tribunal (ss. 162 and 164). As an exception to that rule, the Syndic may, before a decision is made on a complaint, request the provisional striking off of a lawyer, *inter alia* if the protection of the public could be compromised (s. 130). This complex mechanism reflects the values that underlie the Canadian justice system, but neither simplifies nor facilitates the work of the Barreau's staff or of the members of the Professional Inspection Committee and the Committee on Discipline, whose responsibility it is to take action. The action that they take is necessarily governed by a binding legal framework. We must bear the existence and scope of that framework in mind, in analyzing the appellant's situation and assessing its liability.

On the other hand, because of the difficulties and risks to which the professional orders are exposed in performing their various functions, the legislature has granted them immunity for acts engaged in in good faith in the performance of their duties or

son aptitude à exercer la profession ou sa compétence professionnelle (art. 112). Le comité peut recommander des mesures diverses dont des stages de formation ou des limitations du droit d'exercice (art. 113). Il appartient ensuite aux organismes décisionnels du Barreau de prendre les mesures qu'ils jugent appropriées. Ajoutons que l'avocat en cause doit être entendu, peut se défendre et jouit, dans certains cas, de droits d'appel devant le Tribunal des professions.

L'autre mécanisme de protection du public est la discipline. En vertu du *Code des professions*, il appartient à un fonctionnaire indépendant, le syndic, d'enquêter et de décider si une plainte doit être portée devant le comité de discipline. Dans l'affirmative, il en saisit le comité de discipline (art. 121 *et suiv.*). La procédure est contradictoire. Le syndic doit informer l'avocat et obtenir sa version des faits. Le comité de discipline constitue pour sa part un tribunal administratif tenu de respecter les règles d'un débat contradictoire et les principes d'équité procédurale (art. 116 et 126 *et suiv.*). La décision relative à la culpabilité ou la sanction n'intervient qu'à la fin de ce débat et sont susceptibles d'appel devant le Tribunal des professions (art. 162 et 164). Par exception, avant qu'il ne soit statué sur la plainte, le syndic peut demander la radiation provisoire de l'avocat, notamment lorsque la protection du public risque d'être compromise (art. 130). Ce mécanisme complexe reflète les valeurs qui animent le système de justice de notre pays, mais ne simplifie ni ne facilite la tâche du personnel du Barreau et des membres des comités d'inspection professionnelle et de discipline appelés à agir. Leur action s'inscrit nécessairement dans un cadre juridique contraignant. Il faut demeurer conscient de l'existence de ce cadre et de sa portée dans l'analyse de la situation de l'appellant et l'appréciation de sa responsabilité.

Par ailleurs, en raison des difficultés et des risques rattachés à l'exercice de leurs fonctions diverses, le législateur a accordé aux ordres professionnels une immunité pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions, dans

functions, within the meaning of and subject to the limits set out in s. 193 of the *Professional Code*. In addition, ss. 194, 195 and 196 limit the availability of judicial review of the decisions of professional orders and the Professions Tribunal.

C. *The Applicable Rules of Civil Liability*

22

The Barreau du Québec is a public body and, as such, performs a variety of functions delegated to it by the legislature. The acts or omissions it is accused of by the respondent, which form the basis of her action for damages, occurred in the course of its performance of its functions in supervising the conduct and competence of one of its members. Here again, then, the question of the relationship between the civil law and public law of Quebec must be addressed in order to determine what rules of civil liability apply to McCulloch-Finney's action in damages.

23

To answer that question, we must first briefly review the transitional law problem raised by the coming into force of the *Civil Code of Québec* on January 1, 1994, in relation to facts that found an action and that took place before and after that date, approximately between early 1993 and the spring of 1994. Depending on the solution that is reached, the *Civil Code of Québec* may or may not apply, and the answer has a direct impact on the substance of the rules governing the delictual civil liability of a public body. To solve this problem, we must refer to the transitional rules of law set out in the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 ("*Transitional Law Act*").

24

Section 85 of the *Transitional Law Act* provides that the law in force at the time of the fault or act out of which liability arose:

85. The conditions of civil liability are governed by the legislation in force at the time of the fault or act which causes the injury.

25

That provision is problematic in this case, because the facts out of which liability arose do not boil down to a single isolated event at a particular point in time. Rather, as noted earlier, the respondent alleges a number of consecutive faults which

les termes et les limites qu'édicte l'art. 193 du *Code des professions*. Enfin, les art. 194, 195 et 196 limitent les recours en contrôle judiciaire des décisions des ordres professionnels et du Tribunal des professions.

C. *Le régime de responsabilité civile applicable*

Le Barreau du Québec constitue un organisme à caractère public. À ce titre, il exerce des fonctions diverses que lui délègue le pouvoir législatif. Les actes ou les omissions que lui reproche l'intimée et sur lesquels elle fonde son action en dommages-intérêts sont survenus à l'occasion de l'exercice de ses fonctions de surveillance de la conduite et de la compétence de l'un de ses membres. Se pose alors à nouveau le problème des rapports entre le droit civil du Québec et son droit public pour définir le régime de responsabilité civile applicable à l'action en dommages-intérêts de M^{me} McCulloch-Finney.

La solution exige au préalable un bref examen du problème de droit transitoire que pose l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994, à l'égard des faits conférant un recours qui sont survenus avant et après cette date, approximativement entre le début de 1993 et le printemps de 1994. Selon la solution retenue, le *Code civil du Québec* peut s'appliquer ou non, ce qui a un effet direct sur la teneur du régime de responsabilité civile délictuelle d'un organisme public. Pour résoudre cette difficulté, il faut s'en rapporter aux règles de droit transitoire édictées par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« *Loi sur le droit transitoire* »).

L'article 85 de la *Loi sur le droit transitoire* prévoit l'application de la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait générateur de responsabilité :

85. Les conditions de la responsabilité civile sont régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait qui a causé le préjudice.

Cette disposition fait problème en l'espèce puisque les faits générateurs de la responsabilité ne se résument pas à un seul événement ponctuel et bien situé dans le temps. Comme on l'a mentionné, l'intimée allègue plutôt plusieurs fautes consécutives

continued to be committed up to 1994. The legal situation of the parties was still in the course of being created on January 1, 1994. The *Civil Code of Québec* therefore applies by virtue of the principle that the new legislation had immediate effect, set out in s. 3 of the *Transitional Law Act*:

3. The new legislation is applicable to legal situations which exist when it comes into force.

Any hitherto unfulfilled conditions for the creation or extinction of situations in the course of being created or extinguished are therefore governed by the new legislation; it also governs the future effects of existing legal situations.

The coming into force of the *Civil Code of Québec* had a significant impact on the rules governing the civil liability of governments and public bodies in Quebec. This change was the result of the new position assigned to the *Civil Code* in the hierarchy of the sources of law in matters within the legislative jurisdiction of the Quebec National Assembly. As this Court has had occasion to note in the past, the effect of the preliminary provision of the *Civil Code* is that it became the *jus commune* of Quebec. In addition, under art. 1376 C.C.Q. the law that applies as a general rule to the contractual undertakings and delictual liability of governments is the law set out in the *Civil Code*, subject to the rules of public law; the relevance of those rules to the conduct of the business of public bodies is recognized by art. 300 C.C.Q. (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at paras. 15-17 and 20-21, per Gonthier J.; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, at paras. 28-31; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789, 2004 SCC 30, at para. 20).

As a rule, an examination of the liability of governments begins with the application of the rules of liability established by the *Civil Code of Québec*. However, art. 1376 C.C.Q. states that the *Civil Code* applies only “subject to any other rules of law which may be applicable to them”. This reserve on the part of the legislature reflects the specific nature of governments, and the diversity and complexity of

dont la commission se poursuit jusqu'en 1994. La situation juridique des parties se trouvait encore en cours de création au 1^{er} janvier 1994. Le *Code civil du Québec* s'applique alors en vertu du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle que prévoit l'art. 3 de la *Loi sur le droit transitoire* :

3. La loi nouvelle est applicable aux situations juridiques en cours lors de son entrée en vigueur.

Ainsi, les situations en cours de création ou d'extinction sont, quant aux conditions de création ou d'extinction qui n'ont pas encore été remplies, régies par la loi nouvelle; celle-ci régit également les effets à venir des situations juridiques en cours.

L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a eu une incidence considérable sur le régime de responsabilité civile des administrations et organismes publics au Québec. Cette évolution résulte de la place nouvelle accordée au *Code civil* dans la hiérarchie des sources juridiques pour ce qui est des matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Comme notre Cour a déjà eu l'occasion de le souligner, par l'effet de sa disposition préliminaire, le *Code civil* est devenu le droit commun du Québec. Par ailleurs, suivant l'art. 1376, le droit applicable en principe aux activités contractuelles ou à la responsabilité délictuelle des administrations publiques est celui que l'on retrouve au *Code civil*, sous réserve des règles de droit public, dont l'art. 300 C.c.Q. reconnaît d'ailleurs la pertinence dans la conduite des affaires des organismes publics (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15-17 et 20-21, le juge Gonthier; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, par. 28-31; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30, par. 20).

L'examen de la responsabilité de l'administration publique part donc en principe de l'application du régime de responsabilité établi par le *Code civil du Québec*. Cependant, l'art. 1376 C.c.Q. reconnaît que celui-ci ne s'applique que « sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». La prudence du législateur reflète la spécificité de l'administration publique, ainsi que la diversité et

the duties assigned to them. Very often, the assessment of a public body's conduct and decisions that a court might make based on the simple, straightforward application of the rules of the *jus commune* would not provide it with the freedom it needs in order to perform its functions. That is why this Court recognizes that general principles or specific rules of public law may either prevent the general rules of civil liability from applying altogether or substantially alter the rules by which they operate (*Prud'homme v. Prud'homme, supra*, at para. 31; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal, supra*, at para. 22).

28

As I noted earlier, the professional orders governed by the *Professional Code* perform significant, diverse and often difficult social functions. To achieve their fundamental objective of supervising the practice of their profession, professional orders exercise regulatory powers, manage complex administrative systems and, on occasion, through the actions of committees, perform adjudicative functions.

29

The difficulties inherent in the exercise of the powers of professional inspection and discipline, in particular, for a body such as the Barreau, are undeniable. Although the objectives of professional inspection actions are training and prevention, they may call for a thorough examination of a lawyer's methods of practice, and the lawyer's right to practise the profession may be at stake as a result. Confrontation is an unavoidable result of disciplinary proceedings. When disciplinary investigation is initiated, the aggrieved or dissatisfied client or third party, the lawyer in question and the Syndic are brought into contact. In this often emotion-filled and very tense situation, in which the lawyer nonetheless has the right to defend himself or herself, the Syndic must verify the material in the file, gather information from the parties, and assess that information. The Syndic must then decide whether a complaint should be lodged with the Committee on Discipline. Such a process requires time, care and tact to do this job. It will sometimes displease some people, whatever the outcome of the case. In

la complexité des tâches qui lui sont dévolues. Fort souvent, l'appréciation judiciaire de sa conduite et de ses décisions qu'entraînerait l'application pure et simple, sans nuance, du régime de droit commun, ne permettrait pas à l'organisme public de remplir ses fonctions avec la liberté nécessaire à son action. C'est pourquoi notre Cour reconnaît que des principes généraux ou des règles de droit public spécifiques peuvent soit faire obstacle à toute application du régime général de responsabilité civile, soit en modifier substantiellement les règles de fonctionnement (*Prud'homme c. Prud'homme, précité*, par. 31; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, précité*, par. 22).

Comme je l'ai rappelé plus haut, les ordres professionnels régis par le *Code des professions* remplissent des fonctions sociales considérables, diverses et souvent difficiles. Pour réaliser leur objectif fondamental de surveillance de l'exercice de la profession, ils exercent des pouvoirs réglementaires, gèrent des systèmes administratifs complexes et, parfois, par l'intermédiaire de certains comités, remplissent des fonctions de nature juridictionnelle.

On ne saurait nier en particulier les difficultés inhérentes, pour un organisme tel que le Barreau, à la mise en œuvre de ses pouvoirs en matière d'inspection professionnelle et de discipline. Bien qu'elles visent à réaliser des objectifs de formation et de prévention, les mesures d'inspection professionnelle peuvent exiger un examen approfondi des méthodes de pratique d'un avocat et mettre en jeu son droit d'exercer la profession. La discipline ne peut que provoquer des affrontements. L'ouverture d'un dossier disciplinaire met en rapport le client ou le tiers lésé ou mécontent, l'avocat en cause et le syndic. Dans un contexte souvent chargé émotionnellement, voire passionnel, où l'avocat conserve le droit de se défendre, le syndic doit vérifier le dossier, recueillir les informations des uns et des autres et les confronter. Ensuite, il doit décider si une plainte sera portée devant le comité de discipline. L'exécution de cette tâche exige temps, attention et doigté. Elle fera parfois des mécontents, quelle que soit l'issue de l'affaire. Dans ce contexte, l'application de règles propres au droit public pour déterminer l'étendue de

this situation, it is very easy to understand why the rules of public law are applied in order to determine the extent of a professional order's liability.

While reference is sometimes made to general principles that derive from the case law, the law itself frequently provides the necessary rules. In fact, it is important to examine the wording of those rules carefully before proceeding too hastily to apply the general principles. This is true in the case of the *Professional Code*. That Act contains an immunity provision, s. 193, which prohibits prosecutions of professional orders and their officers and staff for acts engaged in "in good faith in the performance of their duties" or functions. The existence of such a provision requires that courts hearing an action against the Barreau examine the scope of that provision to determine the circumstances in which a body of that nature may be liable.

Although the result of this method is also recognition of the Barreau's liability, it is preferable to take an approach different from the one taken by the Quebec Court of Appeal. That court declined to apply s. 193, because in its opinion the appellant had failed to exercise its powers for the purposes set out in the Act, that is, the protection of the public. That method has the disadvantage of confusing review of the legality of a public body's decisions with the rules that determine that body's civil liability. Undoubtedly those questions will overlap on occasion, and acts that are illegal and that may be set aside under the rules that govern review for legality may found an action in civil liability. However, this does not often happen, and illegality is not necessarily synonymous with civil fault, or a source of delictual liability (*Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at p. 745, *per* Chouinard J.; *Québec (Procureur général) v. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, at pp. 1836-37, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. vi; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 5, at p. 190).

In this case, the issue is clearly the question of civil liability for the acts or omissions of the Barreau in relation to the performance of its duties and functions in respect of supervision of the profession of law, that is, the manner in which the

la responsabilité d'un ordre professionnel se conçoit fort bien.

S'il arrive que l'on s'en rapporte parfois à des principes généraux issus de la jurisprudence, la loi établit souvent elle-même les règles nécessaires. Il importe d'ailleurs d'en examiner attentivement le libellé avant de passer trop vite aux principes généraux. Tel est le cas du *Code des professions*. Il comporte une disposition d'immunité, l'art. 193, qui interdit les poursuites contre les ordres professionnels, leurs dirigeants et leur personnel en raison d'actes accomplis « de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions ». La présence d'une telle disposition oblige le tribunal saisi d'un recours contre le Barreau à examiner la portée de cette disposition pour déterminer dans quel cas la responsabilité civile d'un tel organisme se trouverait engagée.

Bien que cette méthode conduise à reconnaître également la responsabilité du Barreau, il est préférable d'utiliser une approche différente de celle de la Cour d'appel du Québec. Celle-ci a écarté l'application de l'art. 193 parce que l'appelant aurait omis d'exercer ses pouvoirs aux fins prévues par la loi, soit la protection du public. Cette méthode comporte l'inconvénient de confondre le contrôle de la légalité des décisions d'un organisme public et le régime de sa responsabilité civile. Il arrive sans doute que ces problèmes se recoupent parfois et que des actes illégaux et annulables sous le régime du contrôle de la légalité puissent se trouver à la base d'une action en responsabilité civile. Cependant, tel n'est souvent pas le cas, et illégalité ne devient pas nécessairement synonyme de faute civile ni source de responsabilité délictuelle (*Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 745, le juge Chouinard; *Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, p. 1836-1837, autorisation de pourvoi refusée [1997] 1 R.C.S. vi; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 979).

Dans la présente affaire, le problème demeure clairement celui de la responsabilité civile pour des actes ou des omissions du Barreau liés à l'exécution de ses fonctions de surveillance de la profession d'avocat, soit la gestion des plaintes

30

31

32

complaints made by McCulloch-Finney and the cases involving Belhassen were handled. This is not an issue of jurisdiction. The answer to the question depends on how s. 193 of the *Professional Code* is interpreted and applied, and on the scope of the immunity that s. 193 confers with respect to actions in delictual civil liability. The parties acknowledge that s. 193 gives the Barreau only partial immunity with respect to its actions. After that, their positions differ strongly when they attempt to delineate the rules of civil liability that apply to the legal situation in issue in this case.

D. *The Scope of the Barreau's Immunity*

33

In the submission of the Barreau, the key concept in analyzing s. 193 is good faith. Article 2805 C.C.Q. establishes a presumption of good faith. Moreover, in the appellant's submission, s. 193, which applies in this case, shields it from all liability unless its bad faith is established. In other words, according to the appellant's arguments on appeal, only an action based on proof of intentional fault, which would essentially amount to malice, would fall outside the purview of s. 193. In the appellant's submission, even if it concedes that it was slow to deal with these complaints and cases, there is nothing from which it could be concluded that an intentional fault was committed. The respondent, relying on the reasoning of the Court of Appeal, tried to rule out any application of immunity, but argued that the fault in the conduct of the Barreau was so serious that no protection was available to it under s. 193 on a correct interpretation of that provision. What must therefore be done is to determine what kind of gross negligence, if any, would fall outside the purview of an immunity provision like the one in issue here.

34

As long as there have been systems of civil liability, legal scholars have tried to classify faults according to their seriousness and to define each of them. That effort is plainly ongoing, and it has generated a considerable body of case law and never-ending debates in the legal literature. Some of these distinctions have been incorporated into the *Civil Code of Québec*, where they appear in

portées par M^{me} McCulloch-Finney et des dossiers de M^e Belhassen. Il ne s'analyse pas sous l'angle de la compétence. La réponse à la question posée dépend de l'interprétation et de l'application de l'art. 193 du *Code des professions* et de la portée de l'immunité que confère cette disposition à l'égard des recours en responsabilité civile délictuelle. Les parties reconnaissent que l'art. 193 ne confère au Barreau qu'une immunité relative à l'égard des actes accomplis. Pour le reste, leurs positions diffèrent fortement lorsqu'elles tentent de circonscrire le régime de responsabilité civile applicable à la situation juridique considérée en l'espèce.

D. *La portée de l'immunité conférée au Barreau*

Pour le Barreau, le concept clef dans l'analyse de l'art. 193 demeure celui de bonne foi. L'article 2805 C.c.Q. établit déjà une présomption de bonne foi. Par ailleurs, l'art. 193, applicable en l'espèce, protège l'appelant, selon ses prétentions, contre toute responsabilité, à moins que sa mauvaise foi ne soit établie. En bref, suivant ses moyens d'appel, seul un recours fondé sur la preuve d'une faute intentionnelle, équivalente en quelque sorte à la malice, échapperait à l'application de l'art. 193. À son avis, s'il concède la lenteur du traitement des plaintes et des dossiers en cause, rien ne permettrait de conclure à l'existence d'une faute intentionnelle. L'intimée, qui s'est appuyée sur le raisonnement de la Cour d'appel, voulait écarter l'application même de l'immunité, mais elle soutient que le comportement du Barreau est si gravement fautif qu'une interprétation correcte de l'art. 193 ne saurait le protéger. Il s'agit donc dès lors de déterminer la nature des fautes qualifiées qui échapperaient, le cas échéant, à l'application d'une disposition d'immunité comme celle que nous examinons.

Depuis qu'existent des systèmes de responsabilité civile, les juristes ont tenté de classer les fautes en fonction de leur gravité et de définir chacune d'elles. L'effort se poursuit sans doute et a donné lieu à une jurisprudence considérable et à des débats doctrinaux perpétuels. Le *Code civil du Québec* retient d'ailleurs en partie ces distinctions à l'art. 1474, qui prive d'effet l'exclusion de

art. 1474, which prohibits the exclusion of liability for intentional or gross fault:

1474. A person may not exclude or limit his liability for material injury caused to another through an intentional or gross fault; a gross fault is a fault which shows gross recklessness, gross carelessness or gross negligence.

He may not in any way exclude or limit his liability for bodily or moral injury caused to another.

It remains easier to describe than to define those categories of fault, as illustrated by a passage from a frequently cited Quebec treatise on the law of civil liability. The authors of that work point out that the positive law recognizes a classification, but the description of the categories demonstrates the fluidity of their content:

[TRANSLATION]

165 . . . However, the courts and now the legislature (see art. 1474 C.C.Q.) have retained the concept of gross fault from this classification, a concept that refers, in both contractual and extracontractual contexts, to conduct that shows recklessness, gross carelessness or total disregard for the interests of others, and assign specific legal consequences to it. The courts have also equated gross fault with intentional, wilful and fraudulent fault and sometimes, in specific circumstances, “serious” fault.

(J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6th ed. 2003), at pp. 123-24)

In this case, there is no need to revisit this issue in its entirety. The nature of the analysis that is required in order to resolve this matter may be determined by referring to the concept of good faith in s. 193 of the *Professional Code*. That concept lies at the heart of the interpretation and application of this provision. On this point, I accept the appellant’s argument that the respondent’s action must be dismissed if she is unable to rebut the presumption of good faith under art. 2805 C.C.Q. and show absence of good faith in the conduct of the Barreau.

What, then, constitutes bad faith? Does it always correspond to intentional fault? The courts do not appear to equate the state or acts of bad faith

responsabilité pour la faute intentionnelle et la faute lourde :

1474. Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières.

Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.

Ces catégories de fautes se décrivent plus qu’elles ne se définissent, comme en témoigne le passage souvent cité d’un traité québécois sur le droit de la responsabilité civile. Les auteurs soulignent que le droit positif accepte une classification, mais la description des catégories confirme la fluidité de leur contenu :

165 . . . Par contre, la jurisprudence et désormais le législateur (art. 1474 C.c.) ont conservé de cette classification la notion de faute lourde qui désigne, tant sur le plan contractuel que sur le plan extra-contractuel, le comportement révélateur d’une incurie, d’une insouciance grossière, d’un mépris total des intérêts d’autrui et y attachent des effets juridiques particuliers. La jurisprudence y assimile aussi la faute intentionnelle, volontaire et dolosive et, dans un contexte particulier, parfois aussi la faute « grave ».

(J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6^e éd. 2003), p. 123-124)

Dans le présent cas, il n’est pas nécessaire de revoir l’ensemble de cette question. La nature de l’analyse nécessaire au règlement de ce litige est définie par le recours au concept de bonne foi à l’art. 193 du *Code des professions*. Cette notion se situe au cœur de l’interprétation et de l’application de cette disposition. J’accepte à cet égard la proposition défendue par l’appelant selon laquelle l’action de l’intimée doit être rejetée si elle ne peut réfuter la présomption de bonne foi prévue à l’art. 2805 C.c.Q. et démontrer l’absence de bonne foi dans la conduite du Barreau.

Que veut dire la mauvaise foi? Correspond-elle toujours à la faute intentionnelle? La jurisprudence ne paraît pas assimiler rigoureusement

35

36

37

squarely with a demonstrated intent to harm another or, consequently, to require evidence of intentional fault. That direct linkage is made only in the case law relating to punitive damages under s. 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. For example, in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, this Court adopted a narrow definition of intentional fault, based on the nature and function of that type of action. The actual consequences of the wrongful conduct must have been intended (para. 117). Proof of recklessness is not sufficient (paras. 114 and 121). This approach has been followed in subsequent decisions of this Court (see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at paras. 77-78; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at para. 105).

l'état ou l'acte de mauvaise foi à l'existence d'une volonté affirmée de nuire à autrui ni, partant, exiger la preuve d'une faute intentionnelle. Cette assimilation ne s'est réalisée que dans la jurisprudence relative à des dommages-intérêts punitifs réclamés en vertu de l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Ainsi, dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, notre Cour a adopté une définition stricte de la faute intentionnelle en raison de la nature et de la fonction de ce type de recours. Il faut même vouloir les conséquences de l'acte fautif (par. 117). La démonstration de l'insouciance (*recklessness*), ne suffit pas (par. 114 et 121). Cette orientation s'est confirmée par la suite dans les arrêts de notre Cour (voir *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 77-78; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 105).

38

Outside the context of claims for punitive damages, the law of civil liability in Quebec does not, however, appear to take such a narrow view of the content of the concept of bad faith. It appears, rather, to accept evidence of conduct described as "*l'insouciance ou l'incurie grave ou déréglée*" (recklessness or serious or extreme carelessness), expressions that reflect an attempt to translate into French the legal concept of "recklessness" that is familiar to legal English. The application of that concept to the civil liability of governments has been debated. It has been observed that the interpretations applied to that concept have been varied and sometimes irreconcilable. In some cases, overly broad interpretations threatened to unduly extend the scope of public liability and deny administrative decision-makers the latitude and discretion they need in order to discharge their duties. In others, the interpretation was so narrow that bad faith was of very little practical use as a source of liability (P. Giroux and S. Rochette, "La mauvaise foi et la responsabilité de l'État", in *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), vol. 119, 117, at pp. 127-33).

En dehors du cadre de ces demandes de dommages-intérêts punitifs, le droit de la responsabilité civile du Québec ne paraît pas toutefois réduire le concept de mauvaise foi à un contenu si étroit. Il semble plutôt accepter la preuve de ce que l'on décrit parfois comme l'insouciance ou l'incurie grave ou déréglée, expressions par lesquelles on tente de traduire en français la notion juridique de « *recklessness* » familière à la langue juridique anglaise. La place de ce concept dans la responsabilité civile de l'administration publique a été discutée. On a constaté que cette notion avait reçu des interprétations diverses et pas toujours conciliables. Tantôt, des interprétations trop larges risquaient d'étendre indûment le domaine de la responsabilité publique et de priver les décideurs administratifs de la liberté d'action et d'appréciation nécessaire à leurs fonctions. Tantôt, au contraire, l'interprétation devenait si stricte que la mauvaise foi, comme source de responsabilité, n'avait qu'une utilité pratique fort restreinte (P. Giroux et S. Rochette, « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État », dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), vol. 119, 117, p. 127-133).

39

These difficulties nevertheless show that the concept of bad faith can and must be given a broader meaning that encompasses serious carelessness or

Ces difficultés montrent néanmoins que la notion de mauvaise foi peut et doit recevoir une portée plus large englobant l'incurie ou l'insouciance grave.

recklessness. Bad faith certainly includes intentional fault, a classic example of which is found in the conduct of the Attorney General of Quebec that was examined in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. Such conduct is an abuse of power for which the State, or sometimes a public servant, may be held liable. However, recklessness implies a fundamental breakdown of the orderly exercise of authority, to the point that absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. The act, in terms of how it is performed, is then inexplicable and incomprehensible, to the point that it can be regarded as an actual abuse of power, having regard to the purposes for which it is meant to be exercised (Dussault and Borgeat, *supra*, vol. 4, at p. 343). This Court seems to have adopted a similar view in *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834. In that case, provincial police officers were held liable for breaking up a meeting of Jehovah's Witnesses. Although the police had been granted immunity by a provincial statute for acts carried out in good faith in the performance of their duties, Taschereau J. concluded that the police officers could not have acted in good faith, as there was no other explanation for their negligence (p. 844). (See also, but in the context of an action to quash a municipal by-law, the comments by Pratte J. in *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475, at p. 479.) Moreover, the fact that actions have been dismissed for want of evidence of bad faith and the importance attached to this factor in specific cases do not necessarily mean that bad faith on the part of a decision-maker can be found only where there is an intentional fault, based on the decision-maker's subjective intent (see, for cases dealing with intentional fault: *Deniso Lebel Inc.*, *supra*; *Directeur de la protection de la Jeunesse v. Quenneville*, [1998] R.J.Q. 44 (C.A.), leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. xiii).

An immunity provision such as the one set out in s. 193 of the *Professional Code* is intended to give professional orders the scope to act and the latitude and discretion that they need in order to perform their duties. In the case of duties relating to the management of disciplinary cases, it would be contrary to the fundamental objective of protecting the public

Elle inclut certainement la faute intentionnelle, dont le comportement du procureur général du Québec, examiné dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, représente un exemple classique. Une telle conduite constitue un abus de pouvoir qui permet de retenir la responsabilité de l'État ou parfois du fonctionnaire. Cependant, l'insouciance grave implique un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir, à tel point qu'on peut en déduire l'absence de bonne foi et présumer la mauvaise foi. L'acte, dans les modalités de son accomplissement, devient inexplicable et incompréhensible, au point qu'il puisse être considéré comme un véritable abus de pouvoir par rapport à ses fins. (Dussault et Borgeat, *op. cit.*, p. 485). Notre Cour semble avoir retenu une semblable conception dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834. Dans cette affaire, la responsabilité civile de policiers provinciaux qui avaient interrompu une assemblée de Témoins de Jéhovah avait été reconnue. Malgré l'immunité accordée aux policiers par une loi provinciale pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exécution de leurs fonctions, le juge Taschereau avait conclu que la négligence incompréhensible des policiers ne permettait plus de considérer qu'ils étaient de bonne foi (p. 844). (Voir aussi, bien que dans le contexte d'une action en nullité de règlement municipal, les remarques du juge Pratte dans l'arrêt *Corporation de St-Joseph de Beauce c. Lessard*, [1954] B.R. 475, p. 479.) Par ailleurs, le rejet d'actions pour absence de preuve de mauvaise foi et l'importance attachée à ce facteur dans des affaires particulières ne signifient pas pour autant que seule l'existence d'une faute intentionnelle, fondée sur l'intention subjective du décideur, permet de conclure à la mauvaise foi du décideur (voir concernant des cas de faute intentionnelle : *Deniso Lebel Inc.*, précité; *Directeur de la protection de la Jeunesse c. Quenneville*, [1998] R.J.Q. 44 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. xiii).

Une disposition d'immunité comme celle que renferme l'art. 193 du *Code des professions* entend assurer aux ordres professionnels la liberté d'action et les marges d'appréciation et de discrétion nécessaires à leurs fonctions. Dans le cas des fonctions de gestion des dossiers disciplinaires, il serait contraire à l'objectif fondamental de protection du

set out in s. 23 of the *Professional Code* if this immunity were interpreted as requiring evidence of malice or intent to harm in order to rebut the presumption of good faith. Gross or serious carelessness is incompatible with good faith. It may therefore be concluded that, in the case of the exercise of these case management powers, the requirement that the performance or failure to perform an act have been committed in bad faith is not a bar to an action in damages against a professional order that is subject to the *Professional Code*. In accordance with art. 1376 C.C.Q., the rules of civil liability that are applicable to the actions of the Barreau are the general rules set out in art. 1457 C.C.Q., with the changes that reflect the nature of the faults that are required in order to establish liability that is limited by the partial or qualified immunity granted by s. 193 of the *Professional Code*. I would point out, however, that we need not make a finding as to the legal principles that would apply to the exercise of adjudicative functions by bodies such as the committees on discipline and the Professions Tribunal. Accordingly, we must now apply the rules that govern liability that were defined above and determine whether the conduct of the Barreau was such as to justify the award made against it by the Quebec Court of Appeal.

E. *Application of the Rules of Liability*

41

First, the problem of how the rules of civil liability defined above are to apply does not raise a question of fact or of the assessment of evidence. On this point, the appellant is wrong to suggest that the Court of Appeal improperly revised the trial judge's findings of fact. Rather, we must resolve a question of law, having regard to facts that have been clearly established; the question is whether the conduct of the Barreau, when considered in its entirety, constitutes a fault for which the Order cannot claim the immunity set out in s. 193 of the *Professional Code*. In any event, as the Court of Appeal pointed out, the Superior Court made an obvious and serious error in assessing the facts. The trial judge failed to have regard to events prior to 1993 in assessing the conduct of the Barreau. Even though civil liability based on the events that occurred before that time is precluded by prescription, those events were still relevant in assessing the conduct of the Barreau after

public que prévoit l'art. 23 du *Code des professions* de lui donner une portée telle que la preuve de l'intention de nuire ou de la malice soit requise pour écarter la présomption de bonne foi. L'imprudence ou l'incurie grave sont incompatibles avec celle-ci. On peut ainsi conclure que, dans l'exercice de ces pouvoirs de gestion, l'exigence que l'acte soit accompli ou omis de mauvaise foi ne fait pas obstacle au recours en dommages-intérêts contre un ordre professionnel assujéti au *Code des professions*. Conformément à l'art. 1376 C.c.Q., le régime de responsabilité civile applicable aux actes du Barreau demeure le régime général de l'art. 1457, modifié quant à la nature des fautes requises pour établir une responsabilité restreinte par l'immunité partielle ou relative que confère l'art. 193 du *Code des professions*. Je souligne toutefois que nous n'avons pas à nous prononcer sur les principes juridiques qui s'appliqueraient à l'exercice de fonctions juridictionnelles par des organismes tels que les comités de discipline ou le Tribunal des professions. Par conséquent, il faut maintenant appliquer les règles du régime de responsabilité défini précédemment et déterminer si le comportement du Barreau justifie la condamnation prononcée contre lui par la Cour d'appel du Québec.

E. *L'application du régime de responsabilité*

Le problème de l'application du régime de responsabilité civile défini précédemment ne pose pas d'abord une question de fait ou d'appréciation de la preuve. À cet égard, l'appelant reproche à tort à la Cour d'appel d'avoir révisé indûment les constatations de fait du premier juge. Il s'agit plutôt de régler une question de droit, à l'égard de faits bien établis, c'est-à-dire si la conduite du Barreau, envisagée dans son ensemble, représente une faute dont la nature ne lui permet pas de bénéficier de l'immunité prévue à l'art. 193 du *Code des professions*. De toute manière, comme l'a souligné la Cour d'appel, l'appréciation des faits par la Cour supérieure comportait une erreur évidente et grave. En effet, le premier juge n'a pas tenu compte des événements antérieurs à 1993 pour apprécier la conduite du Barreau. Or, si les faits survenus auparavant ne pouvaient être source de responsabilité délictuelle en raison de la prescription, ils demeuraient pertinents pour

fresh complaints were made by McCullock-Finney. They were also useful for putting together a profile of Belhassen's professional career since he was entered on the Roll of the Order and were needed in order to make a better assessment of the duty of diligence that rested on the Barreau after it received these complaints.

In the face of all of these facts, the Court of Appeal passed harsh judgment on the conduct of the Barreau, particularly in respect of its lack of diligence and its slowness to act, not to say its lack of action, in its handling of McCullock-Finney's complaints. In my view, that judgment was justified. The attitude exhibited by the Barreau, in a clearly urgent situation in which a practising lawyer represented a real danger to the public, was one of such negligence and indifference that it cannot claim the immunity conferred by s. 193. The very serious carelessness it displayed amounts to bad faith, and it is liable for the results. This is apparent on a quick review of all the facts.

At the point when fresh complaints were made by the respondent, the Barreau had to have been aware of Belhassen's problematic professional history. In the language of criminal law, he had a record. He had committed disciplinary offences and had been found guilty of them. Furthermore, the Professional Inspection Committee had conducted a lengthy investigation into his professional practices and competence, and had stated its concerns in that respect in the clearest terms possible. In any event, the Executive Committee had decided that it was necessary, at the very least, to subject Belhassen to a supervision period, which was still in effect when McCullock-Finney again went to the Barreau in early 1993. The Barreau and its Syndic had to have been aware of this situation and must have taken it into account in considering the complaint and making a decision on it. In spite of the necessary administrative separation between discipline and professional inspection, the Barreau had knowledge of everything that Belhassen had done and of his record of professional misconduct.

The Barreau must exercise judgment and care in performing its disciplinary functions. The Syndic

évaluer la conduite du Barreau à la suite du dépôt de nouvelles plaintes par M^{me} McCullock-Finney. Ils permettaient d'établir le profil professionnel de M^e Belhassen depuis son inscription au Tableau de l'Ordre et de mieux évaluer l'intensité de l'obligation de diligence du Barreau après la réception de ces plaintes.

Devant l'ensemble de ces faits, la Cour d'appel a porté un jugement sévère sur le comportement du Barreau, particulièrement sur son manque de diligence, sa lenteur, sinon son inertie, dans le traitement des plaintes de M^{me} McCullock-Finney. À mon avis, ce jugement était justifié. L'attitude du Barreau reflétait une telle attitude de négligence et d'indifférence face à une situation clairement urgente où un avocat en exercice représentait un véritable danger pour le public qu'il ne peut invoquer l'immunité de l'art. 193. Son imprudence très grave équivaut à de la mauvaise foi et engage sa responsabilité civile. Il suffit de revoir rapidement l'ensemble des faits.

Au moment où l'intimée dépose de nouvelles plaintes, le Barreau connaît nécessairement le profil professionnel problématique de M^e Belhassen. En droit pénal, on dirait qu'il possède un casier judiciaire. Il a commis des infractions disciplinaires pour lesquelles sa culpabilité a été reconnue. Par ailleurs, le Comité d'inspection professionnelle a mené une longue enquête sur ses méthodes d'exercice de la profession et sur sa compétence. Elle les a même mises en doute aussi clairement que possible. De toute façon, le Comité administratif a jugé à tout le moins nécessaire d'imposer un stage qui est toujours en cours lorsque M^{me} McCullock-Finney se présente à nouveau devant le Barreau au début de 1993. Le Barreau et son syndic devaient connaître la situation et la prendre en compte dans l'étude de la plainte et la prise d'une décision à son sujet. Malgré les cloisonnements administratifs nécessaires entre la discipline et l'inspection professionnelle, le Barreau possédait une connaissance d'ensemble du comportement de M^e Belhassen et de son profil de délinquance professionnelle.

L'exercice de la fonction disciplinaire du Barreau exige du discernement et de la prudence. Le syndic

42

43

44

must take care in conducting investigations, and must respect the rights guaranteed to lawyers by the legislation governing the profession and by the principles of procedural fairness. The Syndic may not disbar lawyers of his or her own accord. A complex, binding procedure must be followed, and it provides that provisional striking off is an exceptional measure to be taken by decision of the Committee on Discipline or the Professions Tribunal. Neither the need to adhere to the statutory and procedural discipline framework and act with care and caution nor the complexity inherent in any administrative process can explain the slowness and lack of diligence seen in this case. The nature of the complaints and the lawyer's professional record in fact made it plain that this was an urgent case that had to be dealt with very diligently to ensure that the Barreau carried out its mission of protecting the public in general and a clearly identified victim in particular.

45

Despite the urgency of the situation the Barreau took over a year to request provisional disbarment, which was in fact quickly granted by the Committee on Discipline. In the interim, McCulloch-Finney had repeated her complaints. The Office had more than once asked the Barreau for an explanation. Even the Superior Court had had to get involved in the matter. Troubled by the rising tide of proceedings brought by Belhassen in court cases involving McCulloch-Finney, the Hon. Pierre A. Michaud, Associate Chief Justice of the Superior Court, had summoned all the parties to a special hearing to stem the procedural flood. The Superior Court had informed the Syndic of the situation and notified him of the hearing, which he in fact attended. Several days later, when Belhassen's tutor was informed of the hearing that had been held, he terminated his mandate. Thereafter, despite the nature of the acts of which Belhassen had been accused, a syndic *ad hoc* was not appointed until the fall of 1993. The complaints that were needed were not lodged until the end of March 1994. The provisional striking off, which put an end to the harassment of McCulloch-Finney, was granted in May 1994. Exceptional though the case may have been, the conduct of the Barreau in this matter was not up to the standards imposed by its fundamental mandate, which is to protect the public. The virtually complete absence of the

doit enquêter avec soin, dans le respect des droits que la législation professionnelle et les principes d'équité procédurale garantissent à l'avocat visé par son enquête. Il ne peut radier un avocat de son propre chef. Il doit respecter une procédure complexe et contraignante où la radiation provisoire demeure une mesure d'exception prononcée par décision du comité de discipline ou du Tribunal des professions. Ni la nécessité de respecter le cadre législatif et procédural de la discipline, d'agir avec soin et attention, ni la lourdeur inhérente au fonctionnement de toute administration n'expliquent la lenteur et l'absence de diligence constatées en l'espèce. La nature des plaintes et le profil professionnel de l'avocat confirmaient pourtant que l'on se trouvait devant un cas urgent, qui devait être traité avec une grande diligence pour permettre au Barreau de remplir sa mission de protection du public en général et d'une victime bien identifiée en particulier.

Malgré l'urgence de la situation, le Barreau a mis plus d'un an pour demander une radiation provisoire, qu'il a d'ailleurs obtenue rapidement du Comité de discipline. Entre-temps, M^{me} McCulloch-Finney avait réitéré ses plaintes. L'Office des professions était intervenu plus d'une fois pour obtenir des explications du Barreau. Même la Cour supérieure du Québec avait dû se mêler de l'affaire. Inquiet de la multiplication des procédures engagées par M^e Belhassen dans les dossiers judiciaires mettant en cause M^{me} McCulloch-Finney, le juge en chef adjoint de la Cour supérieure, l'honorable Pierre A. Michaud, avait convoqué tous les intéressés à une audience spéciale visant à endiguer ces débordements procéduraux. La Cour supérieure avait informé le syndic de la situation et de la tenue de cette audience. Le syndic a d'ailleurs assisté à celle-ci. Quelques jours plus tard, informé de la tenue de l'audience, le maître de stage de M^e Belhassen mettait fin à son mandat. Par la suite, malgré la nature des actes reprochés à M^e Belhassen, un syndic *ad hoc* n'a été nommé qu'à l'automne 1993. Les plaintes nécessaires n'ont été portées qu'à la fin de mars 1994. La radiation provisoire, qui a mis fin au harcèlement dont était victime M^{me} McCulloch-Finney, a été obtenue en mai 1994. Aussi exceptionnel qu'ait été le dossier, le comportement du Barreau dans cette affaire n'a pas été à la hauteur des exigences

diligence called for in the situation amounted to a fault consisting of gross carelessness and serious negligence. The Barreau is liable, as held by the Court of Appeal.

One other comment seems timely here, regarding an aspect of the arguments made by the Barreau regarding the analysis of its civil liability. In the appellant's submission, the common law principles that apply to public bodies preclude liability in its case. As the respondent pointed out, in common law, the Barreau would have been no less liable in the circumstances of this case if the analysis adopted by this Court in *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 CSC 80, and *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 CSC 79, had been applied. The decisions made by the Barreau were operational decisions and were made in a relationship of proximity with a clearly identified complainant, where the harm was foreseeable. The common law would have been no less exacting than Quebec law on this point.

F. *Damages and Causation*

I now turn to the issues of damages and causal connection. The Court of Appeal concluded that the inaction on the part of the Barreau had allowed Belhassen to pursue his campaign of harassment in the courts. That conclusion is the necessary inference from the facts in the record. The Court of Appeal did not err in this regard. It also recognized that McCulloch-Finney had suffered moral injury, which it assessed at \$25,000. Here again, no error has been shown with respect to the existence of the injury. There was no demonstrable error in the assessment of that injury. Although the award was probably generous, it is not vitiated by any error in principle that would warrant intervention by this Court to revise it. I would find the appeal to be without merit in all respects.

G. *Costs*

Given the circumstances of this case, I would award the respondent her costs in this Court on a solicitor and client basis. Costs are awarded on

de son mandat fondamental de protection du public. L'absence presque totale de la diligence requise par la situation équivalait à une faute d'imprudence et de négligence grave. La responsabilité du Barreau était engagée, comme l'a reconnu la Cour d'appel.

Une remarque additionnelle me paraît opportune quant à un aspect des moyens soulevés par le Barreau au sujet de l'analyse de sa responsabilité civile. Selon l'appelant, les principes de common law applicables aux organismes publics excluraient sa responsabilité. Comme le souligne l'intimée, en common law, dans le contexte de cette affaire, la responsabilité du Barreau n'aurait pas été moins engagée si l'on avait appliqué l'analyse adoptée par notre Cour dans *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80, et *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79. Les décisions du Barreau relevaient de la sphère opérationnelle et s'inscrivaient dans un rapport de proximité avec une plaignante bien déterminée où le préjudice était prévisible. La common law n'aurait pas été moins exigeante que le droit du Québec à cet égard.

F. *Les dommages-intérêts et la causalité*

Restent les questions des dommages-intérêts et du lien de causalité. La Cour d'appel a conclu que l'inaction du Barreau avait permis à M^e Belhassen de poursuivre sa campagne de harcèlement judiciaire. Cette conclusion s'infère nécessairement des faits établis dans le dossier. La Cour d'appel n'a commis aucune erreur à ce propos. Elle a aussi reconnu que M^{me} McCulloch-Finney avait subi un préjudice moral qu'elle a évalué à 25 000 \$. Encore là, aucune erreur n'a été démontrée quant à l'existence du préjudice. Son évaluation ne comporte pas d'erreur apparente. Bien que probablement généreuse, elle n'est pas entachée d'une erreur de principe qui justifierait sa révision par notre Cour. À tous égards, le pourvoi de l'appelant ne me paraît pas fondé.

G. *Les dépens*

Dans le contexte de la présente affaire, j'accorderais à l'intimée des dépens sur une base client-avocat devant notre Cour. Les dépens ne sont

46

47

48

this basis only in exceptional cases, under s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 (see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at paras. 86-87; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 445-46). In this case, the respondent represented herself until the case came before this Court, where a lawyer agreed to represent her. The appellant's appeal raised issues of general importance concerning the application of the legislation governing the professions in Quebec, the implications of which go beyond her particular case. Given the situation, this Court is justified in awarding the respondent costs on a solicitor and client basis.

VI. Conclusion

49

For these reasons, I would dismiss the appeal. I would award the respondent her costs in this Court on a solicitor and client basis.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: McCarthy Tétrault, Montréal.

accordés sur cette base que dans des cas d'exception, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 (voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 86-87; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 445-446). Dans la présente cause, l'intimée s'est défendue seule jusque devant notre Cour, où un avocat a accepté de la représenter. Le pourvoi de l'appelant a soulevé des questions d'importance générale concernant l'application de la législation professionnelle du Québec, dont la portée dépassait son cas particulier. Dans cette situation, notre Cour est justifiée d'accorder à l'intimée des dépens sur la base client-avocat.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. J'accorderais à l'intimée des dépens sur une base client-avocat devant notre Cour.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Substitut du Procureur général, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada: McCarthy Tétrault, Montréal.

Vera Ortner Mandel *Appellant*

v.

**Banque nationale de Paris
(Canada)** *Respondent*

**INDEXED AS: BANQUE NATIONALE DE PARIS
(CANADA) v. 165836 CANADA INC.**

Neutral citation: 2004 SCC 37.

File No.: 29523.

2004: February 11; 2004: June 10.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel, Deschamps and Fish JJ.

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

Obligation — Performance of obligation — Default and putting in default — Transaction — Creditor denying existence of transaction — Failure by debtor to deposit amounts owing pursuant to transaction — Court of Appeal confirming validity of transaction and ordering debtor to pay creditor interest at legal rate and additional indemnity — Whether Court of Appeal erred in ordering payment of interest and additional indemnity where no deposit made — Whether debtor put in default by creditor for non-payment of amounts stipulated in transaction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

The respondent bank sued the appellant M on a hypothecary suretyship. Before the trial and following its refusal of M's offer of settlement, the bank made a counter-offer and, furthermore, agreed verbally to a short extension so that M might fulfill some of the conditions in the counter-offer. However, in breach of its undertakings, the bank withdrew the counter-offer to settle, claiming that M had failed to meet all of the conditions within the mandatory deadline stipulated in the offer to settle. The bank denied that a transaction had even intervened. The trial judge found that M had fulfilled the conditions for the acceptance of the settlement within the appropriate deadline and that there was in fact a valid transaction and ordered the bank to accept the payment of the amounts set out in the transaction. The Court of Appeal confirmed the validity of the transaction and, because of M's failure to deposit the payments owing under the transaction, ordered M to pay the bank interest at the legal rate and

Vera Ortner Mandel *Appelante*

c.

**Banque nationale de Paris
(Canada)** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE NATIONALE DE PARIS
(CANADA) c. 165836 CANADA INC.**

Référence neutre : 2004 CSC 37.

N^o du greffe : 29523.

2004 : 11 février; 2004 : 10 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Obligation — Exécution de l'obligation — Demeure et mise en demeure — Transaction — Créancière niant la transaction — Absence de consignation par la débitrice des sommes dues en vertu de la transaction — Cour d'appel confirmant la validité de la transaction et ordonnant à la débitrice de verser à la créancière des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant le paiement des intérêts et de l'indemnité additionnelle vu l'absence de consignation? — La débitrice a-t-elle été constituée en demeure par la créancière de payer les montants prévus à la transaction? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

La banque intimée poursuit l'appelante M sur la base d'un cautionnement hypothécaire. Avant le procès, et à la suite du refus d'une offre de règlement de la part de M, la banque lui fait une contre-offre et lui accorde même verbalement une brève prolongation du délai pour remplir certaines des conditions prévues dans la contre-offre. Toutefois, en contravention de ses engagements, la banque retire la contre-offre de transaction sous prétexte que M n'a pas rempli toutes les conditions requises à l'intérieur du délai de rigueur stipulé dans l'offre de règlement. La banque nie l'existence même de la transaction. Le premier juge conclut que M a rempli les conditions d'acceptation de la transaction en temps opportun et qu'il y a transaction valide et ordonne à la banque de recevoir le paiement prévu à la transaction. La Cour d'appel confirme également la validité de la transaction et, vu que M n'a pas consigné les versements dus en vertu de la transaction, ordonne à M de verser à la banque des intérêts

the additional indemnity as of October 25, 1994, the day the transaction was to take effect.

Held (Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. The conclusions in the Court of Appeal's judgment respecting interest and the additional indemnity should be struck out.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ.: The bank is not entitled to interest. Interest never began to run against M because she had not been, in any way or at any time, put by the bank in default for non-payment of the amounts stipulated in the transaction. First, the transaction makes no mention of interest and does not stipulate that M would be in default by the mere lapse of time. Second, the bank's judicial demand in the lower courts contained no conclusion with respect to the transaction. Third, because of the bank's refusal to recognize the transaction, M was at no time, either pursuant to the transaction or by operation of law, in default and she has never been put in default by the respondent's action or by extra-judicial notice. She was therefore under no obligation to deposit the monies owing in order to be released from the payment of interest. In any event, the bank cannot invoke absence of a deposit in order to claim interest on the monies owing under an obligation whose performance it had rendered impossible by its steadfast refusal to recognize the existence of the transaction. It would be grossly excessive in these circumstances, and contrary to the spirit of art. 7 C.C.Q. and to the established principles in this respect, to grant interest to the bank and allow it to profit in this way from its persistent and unjustified refusal to comply with the terms of the transaction entered into by the parties in a timely manner. The bank, therefore, cannot claim interest on the monies owing by M under the transaction. The conclusion is the same with respect to the additional indemnity.

Per Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting in part): When the Court of Appeal rendered its decision, it could, pursuant to art. 523 C.C.P., have issued any order to safeguard the rights of the parties. That power came directly into play, first because there were no conclusions in the Superior Court's judgment against M and also because two of the conclusions sought in the cross-appeal required the Court of Appeal to exercise its discretion. In ordering M to make payment in accordance with the terms of the transaction, the Court of Appeal could enquire as to the effect of the passage of time and, consequently, whether it was necessary to provide for the payment of interest. Although deposit was not mandatory, the Court of Appeal was correct to refer to this mechanism and to assign the

au taux légal et l'indemnité additionnelle à compter de la date à laquelle la transaction devait être exécutoire, soit le 25 octobre 1994.

Arrêt (les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli. Les conclusions de la Cour d'appel relatives aux intérêts et à l'indemnité additionnelle sont radiées.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Arbour, LeBel et Fish : La banque n'a pas droit aux intérêts. Les intérêts n'ont jamais commencé à courir contre M puisque celle-ci n'a été, en aucune façon et en aucun temps, constituée en demeure par la banque de payer les montants prévus à la transaction. Premièrement, la transaction est silencieuse au sujet des intérêts et ne contient aucune stipulation selon laquelle la seule arrivée du terme aura pour effet de constituer M en demeure. Deuxièmement, la demande en justice de la banque devant les instances inférieures ne comporte aucune conclusion portant sur la transaction. Troisièmement, vu le refus de la banque de reconnaître la transaction, M n'a jamais été en demeure, ni aux termes de la transaction ni par l'effet de la loi, et n'a jamais été mise en demeure, ni par l'action de l'intimée ni par avis extrajudiciaire. Elle n'était donc pas tenue à la consignation des sommes dues pour être libérée du paiement des intérêts. De toute manière, la banque ne peut invoquer cette absence de consignation pour réclamer les intérêts sur des sommes dues en vertu d'une obligation dont elle a rendu l'exécution impossible en raison de son refus arrêté de reconnaître l'existence de la transaction. Il serait exorbitant dans ces circonstances, et contraire à l'esprit de l'art. 7 C.c.Q. et aux principes reconnus en la matière, d'accorder les intérêts à la banque et lui permettre de tirer ainsi profit de son refus persistant et injustifié de se conformer en temps utile à la transaction conclue par les parties. La banque ne peut donc réclamer les intérêts sur les sommes dues par M en vertu de la transaction. Cette conclusion est également applicable à l'indemnité additionnelle.

Les juges Bastarache et Deschamps (dissidents en partie) : Lorsque le jugement de la Cour d'appel a été prononcé, cette dernière pouvait, en vertu de l'art. 523 C.p.c., rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties. Ce pouvoir était directement mis en jeu puisque d'une part, le jugement de la Cour supérieure ne comportait pas de conclusion contre M et, d'autre part, deux des conclusions de l'appel incident faisaient appel au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel. En formulant une ordonnance contre M de payer les montants dus selon les termes de la transaction, la Cour d'appel pouvait s'interroger sur l'effet du temps écoulé et par conséquent sur la nécessité de pourvoir au paiement d'un intérêt. Bien que la consignation ne soit pas obligatoire, la Cour

interest to the bank because of M's failure to deposit the money owing. Through the conclusion set out in her defence, M herself asked the Superior Court to order her to comply with the transaction and expressed her readiness to pay the amounts set out in the transaction. If M had made a tender and deposited the money, she would have had the benefit of art. 1586 C.C.Q., which provides that a deposit releases the debtor, for the future, from the payment of interest or income yielded.

Under art. 1617 C.C.Q. it is the default itself, and not the notice of default or extrajudicial demand, that determines the date as of which interest is calculated. Article 1594 C.C.Q. provides that default may take four forms: contract, extrajudicial demand, judicial demand and operation of law. In her defence, which included a subsidiary cross-claim asking the Superior Court to confirm the transaction, M herself made a judicial demand that made superfluous any extrajudicial demand by the bank. The time of the default is therefore the date on which M's judicial demand was made, that is, October 24, 1994, and the delay in performing the obligation began on October 25, 1994, the point when M agreed to pay the money owing.

An additional indemnity may be granted only if it is expressly requested. Because the record is silent on this matter, the conclusion of the Court of Appeal respecting the indemnity must be deleted.

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *Beauregard v. Sœurs de la charité de Sainte-Marie*, [1995] Q.J. No. 440 (QL); *Bettan v. 146207 Canada Inc.*, [1993] R.D.J. 489; *Bray v. Houlachi*, [1997] Q.J. No. 3657 (QL); *Bhandari v. 129440 Canada Inc.*, [1989] R.D.I. 729; *Gelber v. 128613 Canada Inc.*, [1988] R.D.J. 267.

By Deschamps J. (dissenting in part)

Gatineau (Ville) v. Raymond, [1996] Q.J. No. 951 (QL); *Girard v. Gariépy*, [1975] C.A. 706; *Denis v. Moreau*, [1974] C.A. 249; *Côté v. Sternlieb*, [1958] S.C.R. 121; *Compagnie d'assurance Missisquoi v. Bessette*, [1999] R.R.A. 823; *Plomberie West Island ltée v. Société de construction des musées du Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 14 (QL); *Racette v. Di Salvio*, [1995] Q.J. No. 771 (QL); *Gersten v. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; *Raymond v. McColm*, [1987] Q.J. No. 82 (QL).

d'appel était justifiée d'avoir recours à ce mécanisme et d'attribuer les intérêts à la banque en raison du défaut de M de consigner le montant dû. Par la conclusion formulée à sa défense, M demandait elle-même à la Cour supérieure de lui ordonner de se conformer à la transaction et se déclarait donc prête à payer les montants qui y étaient prévus. Si elle avait fait une offre réelle et consigné les montants, elle aurait bénéficié de l'art. 1586 C.c.Q. qui prévoit que la consignation libère le débiteur du paiement des intérêts ou des revenus produits pour l'avenir.

Selon l'art. 1617 C.c.Q., c'est la demeure, et non la mise en demeure, ou demande extrajudiciaire, qui permet de déterminer la date du calcul des intérêts. L'article 1594 C.c.Q. indique que la demeure peut prendre quatre formes : le contrat, la demande extrajudiciaire, l'interpellation judiciaire ou la loi. Par sa défense, qui incorporait une conclusion subsidiaire, de la nature d'une demande reconventionnelle, sollicitant la Cour supérieure de prendre acte de la transaction, M a formulé elle-même une demande en justice qui rendait superflète toute demande extrajudiciaire que pouvait lui expédier la banque. Le moment de la demeure est donc établi à la date à laquelle la demande en justice de M a été formée, soit le 24 octobre 1994, et le retard dans l'exécution de l'obligation date du 25 octobre 1994, qui correspond au moment auquel M s'est engagée à payer les montants dus.

Pour que l'indemnité additionnelle soit accordée, elle doit avoir fait l'objet d'une demande expresse. Comme le dossier est silencieux sur cette question, la conclusion de la Cour d'appel relative à cette indemnité doit être retranchée.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Beauregard c. Sœurs de la charité de Sainte-Marie*, [1995] A.Q. n° 440 (QL); *Bettan c. 146207 Canada Inc.*, [1993] R.D.J. 489; *Bray c. Houlachi*, [1997] A.Q. n° 3657 (QL); *Bhandari c. 129440 Canada Inc.*, [1989] R.D.I. 729; *Gelber c. 128613 Canada Inc.*, [1988] R.D.J. 267.

Citée par le juge Deschamps (dissidente en partie)

Gatineau (Ville) c. Raymond, [1996] A.Q. n° 951 (QL); *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A. 706; *Denis c. Moreau*, [1974] C.A. 249; *Côté c. Sternlieb*, [1958] R.C.S. 121; *Compagnie d'assurance Missisquoi c. Bessette*, [1999] R.R.A. 823; *Plomberie West Island ltée c. Société de construction des musées du Canada inc.*, [1999] A.Q. n° 14 (QL); *Racette c. Di Salvio*, [1995] A.Q. n° 771 (QL); *Gersten c. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; *Raymond c. McColm*, [1987] A.Q. n° 82 (QL).

Statutes and Regulations Cited

- Act to reform the Code of Civil Procedure*, S.Q. 2002, c. 7, s. 7.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1069, 1077.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 7, 1573-1589, 1586, 1591, 1594, 1597, 1617, 1619, 2631.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46, 292, 468, 469.
Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, art. 523.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec*, vol. 1, *Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] Q.J. No. 4749 (QL), SOQUIJ AZ-50148538, J.E. 2002-1933, allowing in part a judgment of the Superior Court, [1996] Q.J. No. 4010 (QL). Appeal allowed, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part.

Jérôme Choquette, Q.C., and *Jean-Stéphane Kourie*, for the appellant.

Philippe H. Bélanger and *Philippe Levasseur*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ. delivered by

FISH J. —

I. Overview

The Court of Appeal ordered the appellant to pay the respondent approximately \$90,000 in interest under the terms of a transaction whose existence the respondent had always denied. The respondent, although properly summoned to do so, refused to receive the entire amount owing to it by the appellant under the transaction from the notary designated for that purpose.

Lois et règlements cités

- Code civil du Bas Canada*, art. 1069, 1077.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 7, 1573-1589, 1586, 1591, 1594, 1597, 1617, 1619, 2631.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 292, 468, 469.
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, ch. C-25, art. 523.
Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, ch. 7, art. 7.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
 Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec*, t. 1, *Un mouvement de société*. Québec : Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] J.Q. n^o 4749 (QL), SOQUIJ AZ-50148538, J.E. 2002-1933, qui a accueilli en partie un jugement de la Cour supérieure, [1996] A.Q. n^o 4010 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie.

Jérôme Choquette, c.r., et *Jean-Stéphane Kourie*, pour l'appelante.

Philippe H. Bélanger et *Philippe Levasseur*, pour l'intimée.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Arbour, LeBel et Fish a été rendu par

LE JUGE FISH —

I. Introduction

La Cour d'appel a condamné l'appelante à verser à l'intimée environ 90 000 \$, à titre d'intérêts, aux termes d'une transaction dont l'intimée a toujours nié l'existence. L'intimée, dûment convoquée pour ce faire, a en outre refusé de recevoir du notaire désigné à cette fin l'entière somme dont l'appelante lui était redevable en vertu de la transaction.

At no time did the respondent claim the interest in issue, either at trial or on appeal.

In the opinion of my colleague Deschamps J., this was merely a procedural “gap”, within the meaning of art. 292 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. That provision allows for “any gap in the proof or in the proceedings” to be filled with leave of the court, at any time before judgment.

With respect, there is no question in this case of any “gap” of that sort. On the contrary, the respondent acknowledged in this Court that it had never claimed the interest in issue because such a claim would have been plainly incompatible with the legal basis of its action.

By the very nature of its claim, the respondent denied from the outset that a transaction had intervened. Instead, the respondent claimed that the appellant had failed to meet all of the conditions within the mandatory deadline stipulated in the offer to settle. The trial judge found against the respondent on this issue. In the opinion of the judge, the parties had indeed transacted voluntarily and validly. The resulting agreement therefore determined their reciprocal rights and obligations in this case.

On appeal, the respondent again repudiated the transaction. Like the trial judge, however, the Court of Appeal unanimously recognized its existence and confirmed its validity.

My colleague Deschamps J. writes, at para. 90 of her reasons, that the respondent, “under the transaction, which alone governs the substantive obligations of the parties pursuant to the judgment of the Superior Court, as affirmed by the Court of Appeal, . . . reduced its claim from \$180,594.21, plus interest at the contractual rate from January 31, 1992, to \$125,000, plus \$6,500 in costs”.

With respect, I do not share that view. On the contrary, as I have just noted, the respondent steadfastly denied the very existence of the transaction, both at trial and on appeal. It was only long after failing on that point in both courts that the

L’intimée n’a jamais réclamé les intérêts en litige, ni au procès ni en appel.

Selon ma collègue la juge Deschamps, il ne s’agirait que d’une simple « lacune » procédurale aux termes de l’art. 292 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Cette disposition permet de combler avec l’autorisation du tribunal, en tout temps avant jugement, « quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure ».

Avec égards, il n’est guère question en l’espèce d’une telle « lacune ». Au contraire, l’intimée reconnaît en cette Cour qu’elle n’a jamais réclamé les intérêts contestés du fait qu’une telle réclamation aurait été manifestement incompatible avec l’assise juridique de son recours.

En effet, l’intimée nie, dès le départ, par son recours l’existence même de la transaction. Elle soutient plutôt que l’appelante n’a pas rempli toutes les conditions requises à l’intérieur du délai de rigueur stipulé dans l’offre de règlement. Le premier juge lui donne tort à ce sujet. Selon le juge, les parties ont de fait volontairement et validement transigé. L’entente qui en résulte détermine donc leurs droits et obligations réciproques en l’espèce.

En appel, l’intimée répudie à nouveau la transaction. À l’instar du premier juge, la Cour d’appel, à l’unanimité, reconnaît l’existence de la transaction et en confirme la validité.

Ma collègue la juge Deschamps écrit, au par. 90 de ses motifs, que l’intimée aurait « en vertu de la transaction, qui seule régit les obligations substantielles des parties en vertu du jugement de la Cour supérieure confirmé par la Cour d’appel, [. . .] réduit sa réclamation de 180 594,21 \$ avec intérêts au taux contractuel depuis le 31 janvier 1992 à un montant de 125 000 \$ plus des frais de 6 500 \$ ».

Avec égards, je ne partage pas cette manière de voir. Au contraire, tel que je viens de le mentionner, l’intimée a toujours nié l’existence même de la transaction, tant en première instance qu’en appel. Ce n’est que longtemps après avoir échoué à cet égard,

2

3

4

5

6

7

8

respondent, left with no choice, finally acknowledged the transaction for the sole purpose of claiming its benefits — too late, in my view.

9 Given the circumstances, I believe, for the reasons I shall now summarize, that interest simply never began to run against the appellant.

10 First, the transaction makes no mention of interest and does not provide that the appellant would be in default by the mere lapse of time. Second, the respondent's judicial demand in the lower courts contained no conclusion at all with respect to the transaction and, still less, interest on the amount agreed to under the transaction. Third, the respondent never put the appellant in default under the transaction by extra-judicial notice.

11 Accordingly, the appellant was never in default under the terms of agreement or by operation of law, and was never put in default by the respondent's action or by an extra-judicial demand.

12 This alone is sufficient to persuade me that the respondent is not entitled to interest in this case.

13 But there is more. The respondent knew or ought to have known that by refusing to perform its obligations under the transaction, it made it impossible for the appellant to perform hers. More particularly, the respondent knew or should have known that its refusal to proceed as agreed made it impossible for the appellant to deposit the money that was the subject of the transaction, should this become necessary in the event of a dispute.

14 The appellant argued, correctly in my view, that it would be grossly excessive in these circumstances, and contrary to the established principles in this respect, to award the interest in issue to the respondent. It also seems to me to be contrary to the spirit of art. 7 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), to allow the respondent to profit in this way from its persistent and unjustified refusal to comply with the terms of the transaction entered into by the parties in a timely manner.

devant les deux instances, que l'intimée a, faute de choix, reconnu l'existence et la validité de la transaction dans le seul but d'en réclamer le bénéfice — tardivement, selon moi.

Dans ces circonstances, pour les raisons que je résume ici, j'estime que les intérêts n'ont simplement jamais commencé à courir contre l'appelante.

D'abord, la transaction est silencieuse au sujet des intérêts. Aussi, elle ne contient aucune stipulation selon laquelle la seule arrivée du terme aura pour effet de constituer l'appelante en demeure. Ensuite, la demande en justice de l'intimée devant les instances inférieures ne comporte aucune conclusion portant sur la transaction et encore moins sur les intérêts afférents aux montants dus en vertu de la transaction. Enfin, l'intimée n'a jamais mis l'appelante en demeure, au regard de la transaction, par avis extrajudiciaire.

L'appelante n'a donc jamais été en demeure, ni aux termes de la transaction ni par l'effet de la loi, et n'a jamais été mise en demeure, ni par l'action de l'intimée ni par avis extrajudiciaire.

Cela suffit pour me convaincre que l'intimée n'a pas droit aux intérêts en l'espèce.

Mais ce n'est pas tout. L'intimée savait, ou aurait dû savoir, qu'en refusant d'exécuter ses obligations en vertu de la transaction, elle rendait impossible pour l'appelante d'exécuter les siennes. En particulier, l'intimée savait, ou aurait dû savoir, que son refus de s'exécuter rendait impossible pour l'appelante, dans la mesure où cela serait nécessaire advenant un litige, de procéder à la consignation des sommes visées par la transaction.

L'appelante propose, à bon droit selon moi, qu'il serait dans ces circonstances exorbitant — et contraire aux principes reconnus en la matière — d'accorder les intérêts en cause à l'intimée. Aussi, il me paraît contraire à l'esprit de l'art. 7 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), de permettre à l'intimée de tirer ainsi profit de son refus persistant et injustifié de se conformer en temps utile à la transaction conclue par les parties.

Accordingly, I would allow the appeal, with costs throughout, and vacate the order in the judgment of the Court of Appeal relating to interest and the additional indemnity provided for in art. 1619 C.C.Q.

II. Origin of the Dispute

On September 28, 1994, the parties seek through their respective counsel to settle out of court. That very day, the appellant rejects the respondent's offer of settlement and, on October 13, responds with a counter-offer. Wednesday, October 19, the respondent delivers to the appellant confirmation of their agreement. In that transaction, the parties agreed to settle the appellant's obligations as a surety and a collateral hypothec in the amount of \$235,000, securing the debts owed to the respondent by two companies and by the appellant's husband, Robert Mandel.

The offer to settle set Friday, October 21 at 5 p.m. as the deadline for paying an initial installment of \$10,000 and \$6,500 in legal fees, and Thursday, October 27 as the time limit for paying the balance of \$115,000.

In essence, the offer to settle contained three requirements: (1) confirmation from the Bank of Montreal of an offer to refinance granting the appellant an additional hypothecary loan of \$115,000; (2) the confirmation had to stipulate that the act of hypothec would be signed before a notary designated by the Bank of Montreal no later than noon on Tuesday, October 25, 1994; and (3) a written undertaking by the appellant's husband to sign the notarial act of hypothec.

The offer to settle set 5 p.m., Thursday, October 20 as the mandatory deadline for the appellant to accept the offer.

In the event that any of the three conditions were not met within the time allowed, the offer to settle would be null and void, and the monies delivered to the respondent by the appellant would be returned to her in full. The appellant's lawyer therefore had only Thursday, October 20 to deliver the necessary documents to the respondent's lawyer.

J'accueillerais par conséquent le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours, afin de supprimer dans le jugement de la Cour d'appel l'ordonnance portant sur les intérêts et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1619 C.c.Q.

II. Origine du litige

Le 28 septembre 1994, les parties, par l'entremise de leurs avocats, discutent d'une entente de règlement hors cour. Le jour même, l'intimée refuse l'offre de règlement proposée par l'appelante et, le 13 octobre, répond par une contre-offre. Le mercredi 19 octobre, l'intimée fait parvenir à l'appelante une confirmation de l'entente. Par cette transaction, les parties entendent régler les conséquences du cautionnement accordé par l'appelante et d'une hypothèque de 235 000 \$ garantissant les dettes de deux sociétés ainsi que celles du mari de l'appelante, Robert Mandel, à l'égard de l'intimée.

L'offre de règlement fixe au vendredi 21 octobre à 17 h le délai pour verser les sommes de 10 000 \$ en acompte et de 6 500 \$ à titre de frais, et au jeudi 27 octobre au plus tard le paiement du solde de 115 000 \$.

Essentiellement, l'offre de règlement comporte trois conditions : (1) la confirmation par la Banque de Montréal d'une offre de refinancement octroyant à l'appelante un prêt hypothécaire additionnel de 115 000 \$; (2) la confirmation que l'acte hypothécaire serait signé devant le notaire désigné par la Banque de Montréal au plus tard le mardi 25 octobre 1994 à midi; et (3) l'engagement écrit du mari de l'appelante à intervenir à l'acte hypothécaire notarié.

L'offre de règlement prévoit comme délai de rigueur le jeudi 20 octobre à 17 h pour l'acceptation par l'appelante.

Advenant que l'une des trois conditions ne soit pas respectée dans les délais impartis, l'offre de règlement devient nulle et non avenue et l'argent transmis par l'appelante à l'intimée lui sera intégralement remis. Le procureur de l'appelante ne dispose donc que du jeudi 20 octobre pour faire parvenir au procureur de l'intimée les documents requis.

15

16

17

18

19

20

21 The appellant had to negotiate a hypothec with the Bank of Montreal not only to pay the principal and costs set out in the transaction, but also to obtain the funds needed to pay off a first hypothec to another bank on the family residence, in the amount of \$100,000. As to the respondent, it agreed to discharge the hypothec on the appellant's immovable, and to cancel it, on payment of \$115,000 from the proceeds of the hypothecary refinancing by the Bank of Montreal.

22 On Thursday, October 20, 1994, the appellant's lawyer had in hand confirmation by the Bank of Montreal of its commitment to refinance the appellant's hypothec and the written undertaking of the appellant's husband to sign the notarial act of hypothec.

23 In a conversation with the appellant's lawyer, the respondent's lawyer agreed to extend the deadline for receiving the documents to the next morning. During the morning of October 21, the Bank of Montreal provided the appellant's lawyer with the name of the notary it was designating to receive the acts of hypothec, and the appellant's lawyer then contacted the notary to ask when he would be available. However, around noon that day, in breach of his undertakings, the respondent's lawyer sent the appellant's lawyer a fax withdrawing the offer to settle, claiming that the settlement had not been made within the required time, that is, before 5 p.m. on October 20.

24 One hour later, the appellant's lawyer delivered the \$10,000 and \$6,500 to the respondent's lawyer, along with the Bank of Montreal's approval of a hypothecary loan for \$225,000, a copy of the agreement by the appellant's husband to sign the act and details of the arrangements made with the notary designated by the Bank of Montreal to receive the acts of hypothec.

25 That afternoon, the respondent's lawyer returned the bank drafts received a few hours earlier.

L'appelante doit négocier une hypothèque auprès de la Banque de Montréal afin non seulement d'acquitter le capital et les frais prévus à la transaction en cause, mais aussi d'obtenir les fonds nécessaires pour acquitter une première hypothèque de 100 000 \$ grevant le domicile conjugal en faveur d'une autre banque. Pour sa part, l'intimée s'engage à donner mainlevée de l'hypothèque grevant l'immeuble de l'appelante et à la radier, moyennant la somme de 115 000 \$, produit du refinancement hypothécaire octroyé par la Banque de Montréal.

Le jeudi 20 octobre 1994, le procureur de l'appelante a en main la confirmation du refinancement accordé par la Banque de Montréal et copie de l'engagement du mari de l'appelante à intervenir à l'acte notarié de prêt hypothécaire.

Lors d'une conversation avec le procureur de l'appelante, le procureur de l'intimée convient de prolonger jusqu'au lendemain matin le délai pour recevoir ces documents. Dans l'avant-midi du 21 octobre, le procureur de l'appelante obtient de la Banque de Montréal le nom du notaire qu'elle désigne pour recevoir les actes hypothécaires et communique avec ce dernier pour s'enquérir de ses disponibilités. Toutefois, en contravention de ses engagements, le procureur de l'intimée envoie une télécopie au procureur de l'appelante le même jour vers midi, retirant l'offre de transaction sous prétexte que le règlement n'est pas intervenu en temps utile, à savoir avant le 20 octobre à 17 h.

Une heure plus tard, le procureur de l'appelante fait parvenir au procureur de l'intimée les sommes de 10 000 \$ et 6 500 \$, l'approbation par la Banque de Montréal d'un prêt hypothécaire de 225 000 \$, la copie de l'engagement du mari de l'appelante à intervenir à l'acte ainsi que les détails des dispositions entreprises auprès du notaire désigné par la Banque de Montréal pour recevoir les actes hypothécaires.

Durant l'après-midi, le procureur de l'intimée retourne les traites bancaires reçues au cours des heures précédentes.

Throughout the day on October 21, the appellant's lawyer tried in vain to contact the respondent's lawyer. The respondent's lawyer refused to take any telephone calls and instructed his assistant to intercept any messages relating to the appellant's file.

On Monday, October 24, 1994, at the beginning of the trial, the appellant filed an amended defence and cross-demand alleging that a transaction had been entered into on October 19, 1994, and that the respondent had refused to honour its terms.

The next morning, the notary designated by the Bank of Montreal informed the respondent in writing that he was holding the agreed amount of \$225,000 and was prepared to see the appellant and her husband early in the afternoon to have the acts of hypothec signed and the respondent's hypothec cancelled.

The respondent failed to attend at the notary's office.

III. Judicial History

A. *Superior Court*, [1996] Q.J. No. 4010 (QL)

The respondent brought action against five defendants solidarily on different grounds and for different amounts.

In the Superior Court, action was brought against two companies for repayment of balances owing on their bank transactions and lines of credit. Action was also brought against two individuals, Robert Mandel and Gabriel Segal, as personal sureties of the two corporations.

Action was brought against the appellant on the suretyship for the hypothec on the family residence, which belonged to her and had been given to secure the obligations contracted by the two companies and by her husband, Robert Mandel.

The trial judge found the companies and the two debtor sureties solidarily liable for the amounts owing.

However, the judge declared the transaction between the respondent and the appellant to be

Toute la journée du 21 octobre, le procureur de l'appelante tente en vain de communiquer avec le procureur de l'intimée. Celui-ci refuse tout appel téléphonique et enjoint son assistante d'intercepter tout message relatif au dossier de l'appelante.

Le lundi 24 octobre 1994, à l'ouverture du procès, l'appelante dépose une défense amendée et demande reconventionnelle dans laquelle elle allègue l'existence d'une transaction intervenue le 19 octobre précédent et le refus de l'intimée d'honorer ses engagements.

Le lendemain avant-midi, le notaire désigné par la Banque de Montréal avise l'intimée par écrit qu'il détient la somme de 225 000 \$ et qu'il est prêt à recevoir l'appelante et son mari tôt en après-midi pour la signature des actes de prêts hypothécaires et de radiation de l'hypothèque de l'intimée.

L'intimée ne se présente pas chez le notaire.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure*, [1996] A.Q. n° 4010 (QL)

L'intimée poursuit solidairement cinq défendeurs à des titres et pour des montants différents.

Devant la Cour supérieure, deux sociétés sont poursuivies pour le remboursement de leurs soldes d'opérations bancaires ou de marges de crédit. Deux particuliers, Robert Mandel et Gabriel Segal, sont poursuivis à titre de cautions personnelles des deux sociétés.

Pour sa part, l'appelante est poursuivie sur le cautionnement hypothécaire grevant le domicile conjugal dont elle est propriétaire, et qu'elle avait consenti en garantie des obligations contractées par les deux sociétés et par son mari, Robert Mandel.

Le juge du procès déclare les sociétés et les deux cautions débitrices solidaires des montants exigibles.

Par contre, il déclare valide la transaction entre l'intimée et l'appelante et ordonne à l'intimée de

26

27

28

29

30

31

32

33

34

valid, and ordered the respondent to accept the payment of the amounts set out in the agreement: \$125,000 in principal and another \$6,500 in legal fees.

35

The judge described the parties' legal situation as follows (at paras. 31, 33 and 35):

[TRANSLATION] I prefer to interpret the offer to settle as a whole, and find that the events of Friday, October 21 were caused by [the respondent's] lawyer. The evidence shows that, late in the afternoon on October 20, he had agreed that the documents required by 5:00 p.m. would be accepted in the morning of October 21. The head of [respondent's] legal department and the lawyer of record had a conversation in the morning of October 21 and, for some completely unexplained reason, decided that their offer of October 19 was null and void.

It appears to me that the offer to settle out of court was duly accepted by [the appellant] and that the non-performance of the settlement resulted solely from an unfortunate, unilateral decision by the [respondent] and its lawyer. As early as October 21, they had \$16,500 in hand. They also had the Bank of Montreal's approval of a \$225,000 loan. They had the consent of the defendant husband, Mandel, to intervene in the act of loan and the act of cancellation of the hypothecary security. They even knew the name of the notary representing the Bank of Montreal, when two letters from [the respondent's] lawyer abruptly arrived. The evidence also showed that after the conversation at 11:30 a.m. on Friday, October 21, [the respondent's] lawyer instructed his secretary not to accept any calls from the opposing party. The court finds this to be a cavalier manner of handling relations between colleagues at such a critical and sensitive moment, the day before the beginning of a trial of four and a half days.

With the trial scheduled for four and a half days, performance of each and every condition took place within the time allowed in the confirmation of the settlement agreement. Consequently, the court finds that there was in fact a valid transaction between [the respondent] and [the appellant] Vera (Ortner) Mandel in accordance with the terms confirming the out-of-court settlement proposed on October 19, 1994.

recevoir le paiement prévu à l'entente, soit une somme de 125 000 \$ en capital et une autre de 6 500 \$ en frais.

Le juge décrit en ces termes, aux par. 31, 33 et 35, la situation juridique des parties :

Le soussigné préfère interpréter l'offre de règlement en sa globalité et considère que les événements du vendredi 21 octobre ont été provoqués par le procureur de [l'intimée]. En effet, la preuve révèle qu'il avait accepté tard en fin de journée du 20 octobre que le dépôt des documents requis pour 17 h puisse se faire régulièrement en l'avant-midi du 21 octobre. Le responsable au contentieux de [l'intimée] et son procureur au dossier ont une conversation en avant-midi de ce 21 octobre et pour une raison complètement inexplicée, décident de considérer leur offre du 19 octobre comme nulle et non avenue.

Il apparaît au soussigné que l'offre d'entente de règlement hors Cour a dûment été acceptée par [l'appelante] et que sa non-réalisation ne relève que d'une malencontreuse décision unilatérale de [l'intimée] et de son procureur. Dès le 21 octobre, ils avaient entre les mains les deniers nécessaires pour un montant de 16 500 \$. Ils avaient également l'acceptation de la Banque de Montréal quant à un prêt de 225 000 \$. Ils avaient le consentement de l'époux défendeur Mandel à intervenir à l'acte de prêt et l'acte de radiation de garantie hypothécaire. Ils connaissaient même l'identité du notaire représentant la Banque de Montréal lorsque surviennent brutalement les deux lettres émanant du procureur de [l'intimée]. La preuve a également révélé qu'après la conversation de 11 h 30 le vendredi 21 octobre, le procureur de [l'intimée] a interdit auprès de sa secrétaire toute communication provenant de la partie adverse. Le tribunal trouve cavalière la façon de traiter les relations entre confrères à un moment aussi crucial et névralgique, à la toute veille d'une audition de quatre jours et demi.

La cause étant prévue pour quatre jours et demi, la réalisation de toutes et chacune des conditions se précipitait dans le délai imparti en la confirmation de l'entente de règlement. En conséquence, le tribunal conclut à ce qu'il y a eu véritablement transaction entre [l'intimée] et [l'appelante] Vera (Ortner) Mandel, le tout selon les termes retenus en la confirmation d'entente de règlement hors Cour proposée le 19 octobre 1994.

B. *Court of Appeal*, [2002] Q.J. No. 4749 (QL)

The Court of Appeal confirmed the validity of the transaction. In addition, although this conclusion was not sought, the court ordered the appellant to pay the respondent interest at the legal rate, and the additional indemnity, on the sums of \$125,000 and \$6,500, because of the appellant's failure to deposit the payments owing under the transaction.

IV. Issues

This appeal does not deal with the amount payable under the transaction, that is, \$125,000 in capital, plus costs of \$6,500. The only issue is the order made by the Court of Appeal awarding interest and the additional indemnity against the appellant, which together amount to over \$90,000.

V. Analysis

The agreement that was made for the purpose of final settlement of the dispute between the parties is a transaction within the meaning of art. 2631 C.C.Q. The transaction effected novation of their respective prior obligations. Their rights and obligations were thereafter governed by the transaction.

The trial judge found that the appellant had met the conditions for acceptance of the transaction in a timely manner and that there was a valid transaction. That finding was affirmed on appeal and is not contested in this Court.

The only question that remains is whether the appellant was required to deposit the money she owed to the respondent in order to be released from the payment of interest.

The respondent argues that the appellant's failure to deposit the money is fatal to her case. Under art. 1586 C.C.Q., the respondent contends, only a deposit can release a debtor from the payment of interest. Accordingly, the Court of Appeal, in the respondent's view, was right to conclude that the appellant was liable for payment of interest and an additional indemnity, as of October 25, 1994, the day the transaction was to take effect.

B. *Cour d'appel*, [2002] J.Q. n° 4749 (QL)

La Cour d'appel confirme la validité de la transaction. En outre, sans que cette conclusion ne lui soit demandée, la cour ordonne à l'appelante de verser à l'intimée des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle sur les sommes de 125 000 \$ et 6 500 \$, en raison du défaut de l'appelante d'avoir consigné les versements dus en vertu de la transaction.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi ne porte pas sur les montants prévus à la transaction, soit 125 000 \$ en capital et 6 500 \$ à titre de frais. N'est en cause que l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant à l'appelante de payer les intérêts et l'indemnité additionnelle, qui s'élèvent à plus de 90 000 \$.

V. Analyse

La convention qui visait à régler de façon définitive le différend entre les parties est une transaction au sens de l'art. 2631 C.c.Q. Celle-ci a opéré novation de leurs obligations respectives antérieures. Leurs droits et leurs obligations sont désormais régis par le contenu de cette transaction.

Le premier juge a conclu que l'appelante avait rempli les conditions d'acceptation de la transaction en temps opportun et qu'il y avait transaction valide. Cette conclusion a été confirmée en appel et n'est pas contestée devant cette Cour.

Seule demeure la question de savoir si l'appelante était tenue de consigner les sommes d'argent qu'elle devait à l'intimée pour être libérée du paiement des intérêts.

L'intimée prétend que le défaut de consignation de l'appelante lui est fatal. Aux termes de l'art. 1586 C.c.Q., soutient l'intimée, seule la consignation libère du paiement des intérêts. C'est donc à bon droit, toujours selon l'intimée, que la Cour d'appel a conclu que l'appelante était redevable du paiement des intérêts et de l'indemnité additionnelle et ce, à compter du 25 octobre 1994.

36

37

38

39

40

41

42 With respect, I see the matter differently.

43 Interest is generally calculated from the date the debtor is in default: see art. 1617 C.C.Q. I therefore feel bound to conclude that interest never began to run against the appellant for the respondent did not, in any way or at any time, put the appellant in default for non-payment of the amounts stipulated in the transaction. Moreover, the appellant was not otherwise in default under the transaction: see art. 1594 C.C.Q.

44 In *Beauregard v. Sœurs de la charité de Sainte-Marie*, [1995] Q.J. No. 440 (QL) (C.A.), the parties had entered into a transaction under which the respondents agreed to pay the appellants \$3 million in return for the appellants' signing of documents. The trial judge declared the transaction to be valid but did not award the appellants interest on the amount owing, on the ground that the parties were jointly at fault for the failed closing meeting.

45 The Court of Appeal held that the appellants were not entitled to interest because they had never put the respondents in default of their obligation to pay the money owing under the transaction. Relying on art. 1077 of the *Civil Code of Lower Canada*, the equivalent of art. 1617 C.C.Q., Tyndale J.A., writing for the court, stated (at paras. 20-21):

I turn now to the appeal by the Beauregards. Their only complaint is against that part of the judgment which refused interest and costs.

If they wanted a judgment susceptible of immediate execution with interest and costs, they should not only have offered to perform their own obligation to sign the required documents, but also have performed that obligation by signing and tendering them. On date of judgment, they still had not signed, so the Sisters had never yet been legally put in default. That was a good reason to deny interest (Article 1077 CCLC), and costs too.

46 Here, in order for interest to have begun to run as of October 25, 1994, the contract would have had to state this clearly. Here, the transaction does not

Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Les intérêts sont généralement calculés à compter de la date de la demeure du débiteur : voir l'art. 1617 C.c.Q. Force m'est de constater que les intérêts n'ont jamais commencé à courir contre l'appelante puisque celle-ci n'a été, en aucune façon et en aucun temps, constituée en demeure par l'intimée de payer les montants prévus à la transaction. De plus, l'appelante n'était pas autrement en demeure aux termes de la transaction : voir l'art. 1594 C.c.Q.

Dans l'affaire *Beauregard c. Sœurs de la charité de Sainte-Marie*, [1995] A.Q. n° 440 (QL) (C.A.), les parties avaient conclu une transaction en vertu de laquelle les intimées s'engageaient à verser aux appelants trois millions de dollars en contrepartie de leur signature à des documents. Le premier juge déclara la transaction valide sans toutefois accorder aux appelants les intérêts sur la somme due au motif que la séance de clôture de la transaction avait échoué par la faute conjointe des deux parties.

La Cour d'appel jugea que les appelants ne pouvaient avoir droit aux intérêts, n'ayant jamais constitué en demeure les intimées de leur verser les sommes dues en vertu de la transaction. Se fondant sur l'art. 1077 du *Code civil du Bas Canada*, l'équivalent de l'art. 1617 C.c.Q., le juge Tyndale s'exprima en ces termes au nom de la cour (par. 20-21) :

[TRADUCTION] Je vais maintenant examiner l'appel formé par les Beauregard. Ils attaquent seulement la partie du jugement qui leur a refusé les intérêts et les dépens.

S'ils désiraient un jugement susceptible d'exécution immédiate et leur accordant les intérêts et les dépens, non seulement auraient-ils dû exécuter leur propre obligation de signer les documents requis, mais ils auraient dû s'en acquitter en signant et en remettant les documents en question. Étant donné que, à la date du jugement, ils n'avaient toujours pas signé ces documents, les Sœurs ne manquaient pas encore légalement à leur obligation. Il s'agissait là d'une raison valable de refuser d'accorder les intérêts (art. 1077 C.c.B.C.), ainsi que les dépens.

En l'espèce, pour que le paiement des intérêts commence à courir à compter du 25 octobre 1994, il aurait fallu que le contrat l'indique clairement.

mention interest at all. Nor does it contain any stipulation that the mere lapse of time for performing the obligations would operate to put the appellant in default: see art. 1594, para. 1 C.C.Q.

The mere lapse of time does not operate to put a debtor in default, as was the case in commercial matters under art. 1069 of the *Civil Code of Lower Canada*: see J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at pp. 734-35.

Nor could the appellant have been put in default under the transaction by the respondent's judicial demand, which negated the very existence of the transaction. Because the respondent refused to recognize the transaction, it never sent the appellant any extra-judicial demand to pay the agreed amount. Accordingly, she was never put in default.

Likewise, it cannot be said that the appellant was in default solely by operation of law, under art. 1597 C.C.Q., because she had not discharged her obligations under the transaction.

On the contrary, it was in fact the respondent that was in default, by operation of law, with respect to receiving payment from the appellant, by reason of its clearly expressed intention to refuse any tender of payment that the appellant might make: see art. 1580 C.C.Q.

The appellant, I repeat, was at no time and in no way put in default in relation to the transaction. In my opinion, she was therefore under no obligation whatever to deposit the monies owing in order to be released from the payment of interest, since interest had never begun to run.

Even if I had come to the opposite conclusion regarding the default of the appellant, I would nevertheless have concluded that the respondent was not entitled to interest in this case, for the following reasons.

De plus, la transaction est muette quant au paiement des intérêts; elle ne contient aucune stipulation selon laquelle le seul écoulement du temps pour l'exécution des obligations aura pour effet de constituer l'appelante en demeure : voir l'art. 1594, al. 1 C.c.Q.

La seule arrivée du terme n'a pas, comme c'était le cas en matière commerciale sous l'art. 1069 du *Code civil du Bas Canada*, l'effet de constituer le débiteur en demeure; voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 734-735.

Je ne peux non plus considérer que l'appelante aurait été constituée en demeure par l'institution de la demande en justice de l'intimée; en effet, le recours intenté par cette dernière était fondé sur la dénégation de l'existence même de la transaction. Ceci étant, l'intimée n'a jamais envoyé de demande extrajudiciaire à l'appelante l'enjoignant de lui verser le montant convenu. L'appelante n'a donc jamais été mise en demeure.

Aussi, on ne pourrait prétendre que l'appelante était en demeure par le seul effet de la loi, aux termes de l'art. 1597 C.c.Q., du fait qu'elle n'avait pas respecté ses obligations prévues dans la transaction.

Au contraire, c'est plutôt l'intimée qui était en demeure de plein droit de recevoir paiement, ayant clairement exprimé à l'appelante son intention de décliner les offres de paiement que l'appelante pourrait lui faire : voir l'art. 1580 C.c.Q.

L'appelante, je le réitère, n'a en aucun temps et d'aucune façon été constituée en demeure au regard de la transaction. Selon moi, elle n'était donc nullement tenue à la consignation des sommes dues pour être libérée du paiement des intérêts, le cours des intérêts n'ayant jamais été déclenché.

Même si j'en étais venu à la conclusion contraire quant à la demeure de l'appelante, j'aurais tout de même conclu que l'intimée n'a pas droit aux intérêts en l'espèce pour les motifs que j'expose ici.

47

48

49

50

51

52

53 I am of the opinion that the issue of deposit is inextricably linked to the performance of the transaction, having regard to the circumstances I described earlier.

54 Articles 1573 to 1589 C.C.Q. establish how tender and deposit are to be effected. Under art. 1573 C.C.Q., these provisions apply where a creditor refuses or neglects to accept payment.

55 Article 1580 reads, in part:

1580. A creditor is in default by operation of law where, without justification, he refuses a valid tender or refuses to act on the notice having the same effect, or where he clearly expresses his intention to refuse any tender that the debtor might wish to make; in this last case, the debtor need not make any tender or give any notice having the same effect. [Emphasis added.]

56 The appellant, therefore, did not need to tender to the respondent since the latter had clearly expressed its intention to refuse any tender the appellant might wish to make. That refusal was expressed by the respondent when it unilaterally withdrew its offer to settle, in breach of its undertakings, and before the extension of the deadline for acceptance granted to the appellant.

57 Although the appellant was not obliged to do so, she nevertheless made a partial tender to the respondent by sending it the amounts of \$10,000 and \$6,500 on October 21, 1994, which were returned to her the same day. Given that refusal, the appellant was *a fortiori* released from tendering the balance of \$115,000, which was payable on October 27, 1994, at the latest.

58 The appellant's attitude is all the more justified by the fact that the respondent never acted on the notice that it received on October 25, 1994, from the notary designated by the Bank of Montreal, stating that he was holding the sum of \$225,000 and was available to see the appellant and her husband to sign the act for the hypothecary loan that the Bank of Montreal had granted the appellant.

59 Although the appellant was willing to pay the amounts owing to the respondent on the dates set

Je suis d'avis que la question de la consignation est inextricablement liée à l'exécution de la transaction compte tenu des circonstances que j'ai déjà relatées.

Le législateur a édicté aux art. 1573 à 1589 C.c.Q. les mécanismes des offres réelles et de la consignation. Selon l'art. 1573 C.c.Q., ce régime est applicable lorsque le créancier refuse ou néglige de recevoir paiement.

L'article 1580 dispose en partie :

1580. Le créancier est en demeure de plein droit de recevoir le paiement lorsqu'il refuse sans justification les offres réelles valablement faites, lorsqu'il refuse de donner suite à l'avis qui en tient lieu ou, encore, lorsqu'il exprime clairement son intention de refuser les offres que le débiteur pourrait vouloir lui faire; en ce dernier cas, le débiteur est dispensé de lui faire des offres ou de lui donner l'avis qui en tient lieu. [Je souligne.]

L'appelante était dispensée en vertu de l'art. 1580 C.c.Q. de faire des offres réelles à l'intimée en raison de l'intention manifestée par cette dernière de refuser les offres que pourrait vouloir lui faire l'appelante. Ce refus fut exprimé par l'intimée lorsqu'elle retira unilatéralement son offre de règlement en contravention de ses engagements et avant l'expiration du délai prorogé.

Bien qu'elle n'y ait pas été tenue, l'appelante a tout de même fait des offres réelles partielles à l'intimée en lui faisant parvenir les montants de 10 000 \$ et 6 500 \$ le 21 octobre 1994, lesquels lui ont été retournés le même jour. Devant ce refus, l'appelante était *a fortiori* dispensée d'offrir de payer le solde de 115 000 \$, exigible au plus tard le 27 octobre 1994.

Son attitude se justifiait d'autant plus que l'intimée n'a jamais donné suite à l'avis qu'elle a reçu le 25 octobre 1994 du notaire désigné par la Banque de Montréal, selon lequel il détenait la somme de 225 000 \$ et qu'il était prêt à recevoir l'appelante et son mari pour la signature de l'acte de prêt hypothécaire consenti à l'appelante par la Banque de Montréal.

Bien qu'elle ait été disposée à verser les sommes dues à l'intimée aux dates fixées pour l'exécution de

for carrying out the transaction, she never deposited those monies.

The respondent cannot invoke absence of a deposit in order to claim interest on the monies owing under an obligation whose performance it had rendered impossible by its steadfast refusal to recognize the existence of the transaction. In my view, the respondent is quite simply trying to profit from a procedural omission on the part of the appellant that was of the respondent's own making, whereas the appellant was not required to deposit the monies in the circumstances of this case.

By withdrawing its offer to enter into a transaction and, in the same breath, repudiating its undertaking to cancel the hypothec that the appellant had granted the respondent, the respondent rendered illusory any possible attempt by the appellant to obtain a hypothecary loan on the same immovable from the Bank of Montreal.

The appellant could therefore not have deposited the sum representing the proceeds of the hypothecary refinancing granted by the Bank of Montreal even if she had wanted to, since the respondent's conduct precluded access to those funds.

It is true that the appellant, unable to take out the loan, was thereby spared interest to the Bank of Montreal. Nothing in the record indicates, however, that the appellant would have had to pay interest on that loan over a ten-year period, as ordered in the Court of Appeal's judgment.

The respondent made an informed choice when it decided to bring action against the appellant on the original hypothecary suretyship. The respondent refused, without any justification, to recognize the validity of the transaction and carry it out. In my view, the respondent cannot deny that this transaction existed and had novatory effect, bring an action under the original contract and then, in this Court, claim an accessory to the novatory contract that was declared by the lower courts to be valid.

It is therefore the respondent, I reiterate, which must suffer the consequences, and not the appellant, who acted properly from beginning to end.

la transaction, l'appelante n'a cependant jamais consigné ces sommes.

L'intimée ne peut invoquer cette absence de consignation pour réclamer les intérêts sur des sommes dues en vertu d'une obligation dont elle a rendu l'exécution impossible en raison de son refus arrêté de reconnaître l'existence de la transaction. L'intimée, selon moi, essaie tout simplement de profiter d'une omission procédurale de la part de l'appelante qu'elle a elle-même provoquée, alors que l'appelante n'était pas tenue de consigner les sommes en raison des circonstances de l'espèce.

En effet, en retirant son offre de transaction et en répudiant du même souffle son engagement à radier l'hypothèque que l'appelante lui avait consentie, l'intimée rendait illusoire pour l'appelante la possibilité d'obtenir un prêt hypothécaire sur le même immeuble auprès de la Banque de Montréal.

L'appelante n'aurait donc pu consigner la somme représentant le produit du refinancement hypothécaire accordé par la Banque de Montréal même si elle l'avait souhaité, puisque la conduite de l'intimée l'empêchait d'avoir accès à ces deniers.

Il est vrai que l'appelante, n'ayant pu faire l'emprunt, a été dispensée de payer à la Banque de Montréal les intérêts y prévus. Par contre, rien au dossier n'indique que l'appelante aurait eu à supporter ces intérêts sur une période de dix ans, comme le jugement de la Cour d'appel l'a ordonné.

L'intimée a fait un choix éclairé en décidant de poursuivre l'appelante sur le cautionnement hypothécaire original. Elle a refusé sans justification aucune de reconnaître la validité de la transaction et d'y donner suite. À mon avis, l'intimée ne pouvait nier l'existence même de cette transaction et de son effet novatoire, poursuivre en vertu du contrat original et ensuite réclamer devant cette Cour les accessoires découlant du contrat novateur déclaré valide par les instances inférieures.

C'est donc l'intimée, je le répète, qui doit en subir les conséquences et non pas l'appelante, qui s'est comportée correctement du début à la fin.

60

61

62

63

64

65

66 In fact, while recognizing the importance of tender and deposit, the Quebec Court of Appeal has held on numerous occasions, in the context of actions to compel transfer of title, that falling into [TRANSLATION] “outdated and unjustified formalism” must be avoided: see *Bettan v. 146207 Canada Inc.*, [1993] R.D.J. 489, at p. 495; see also *Bray v. Houlachi*, [1997] Q.J. No. 3657 (QL); *Bhandari v. 129440 Canada Inc.*, [1989] R.D.I. 729; and *Gelber v. 128613 Canada Inc.*, [1988] R.D.J. 267.

67 As I mentioned at the outset, it seems to me that it would be contrary to the spirit of art. 7 C.C.Q. and the other principles that are applicable in this matter to award interest to the respondent. The trial judge was correct in characterizing the conduct of the respondent’s legal representatives in this case as “cavalier”. The inopportune withdrawal of its offer to settle, combined with its repudiation of the transaction and the foreseeability of the consequences for both parties, make the respondent’s claim for interest excessive and unreasonable.

68 Moreover, because the respondent is solely responsible for the non-performance of the transaction, I am of the opinion that it has no right whatever to interest on the monies owing. To award the respondent interest, in addition to being excessive, would amount to denying the synallagmatic nature of the agreements that were made by the parties and whose existence is not in any doubt.

69 I note that the law of obligations under the *Civil Code of Québec* comprises a complex body of statutory law that adheres to general principles, some of which are common to the entire *Civil Code*. The rules relating to tender and deposit are merely conditions governing certain types of payment. They form part of the entire body of the law of obligations, and they cannot be construed and applied in isolation from the fundamental principles of that body of law, and particularly not in disregard of the synallagmatic nature of the obligations imposed on the parties and the requirement of good faith that is a general principle clearly recognized and given express sanction by the introductory provisions of the *Civil Code*.

D’ailleurs, tout en reconnaissant l’importance des offres et de la consignation, dans le contexte d’actions en passation de titre cette fois, la Cour d’appel du Québec a jugé à maintes reprises qu’il fallait éviter de tomber « dans un formalisme désuet et injustifié » : voir *Bettan c. 146207 Canada Inc.*, [1993] R.D.J. 489, p. 495; voir aussi *Bray c. Houlachi*, [1997] A.Q. n° 3657 (QL); *Bhandari c. 129440 Canada Inc.*, [1989] R.D.I. 729; et *Gelber c. 128613 Canada Inc.*, [1988] R.D.J. 267.

Enfin, tel que je l’ai mentionné au début, il me paraît contraire à l’esprit de l’art. 7 C.c.Q. et aux principes applicables en la matière d’accorder les intérêts à l’intimée. C’est à bon droit que le premier juge a qualifié de « cavalier » le comportement des représentants de l’intimée dans cette affaire. Le retrait intempestif par l’intimée de son offre de règlement, conjugué à sa répudiation de la transaction et à la prévisibilité des conséquences pour les deux parties, rendent excessive et déraisonnable sa réclamation des intérêts litigieux.

Aussi, l’intimée étant seule responsable de l’inexécution de la transaction, je suis d’avis qu’elle n’a aucunement droit aux intérêts sur les sommes dues. En plus d’être excessif, les lui accorder équivaldrait à nier le caractère synallagmatic des engagements pris par les parties et dont l’existence ne fait aucun doute.

Le droit des obligations en vertu du *Code civil du Québec*, je tiens à le souligner, constitue un ensemble législatif complexe obéissant à des principes généraux dont certains sont connus dans l’ensemble du *Code civil*. Les règles relatives aux offres et consignations ne constituent que des modalités régissant certaines formes de paiement. Elles se situent dans ce cadre d’ensemble du droit des obligations et ne sauraient être interprétées et appliquées en dehors des principes de base de celui-ci, notamment au mépris du caractère synallagmatic des obligations imposées aux parties et des exigences de la bonne foi qui constituent un principe général clairement reconnu et sanctionné expressément par les dispositions introductives du *Code civil*.

With respect, the position taken by my colleague disregards the requirements imposed by the correlative nature of the obligations in a synallagmatic contract. It must be remembered in this regard that the respondent's last-minute attempt in this Court to fall back on the transaction amounts to nothing more than belated remorse at having rejected an agreement the existence of which it has at all times denied and the performance of which in this case was directly prevented by its conduct.

In my opinion, the respondent therefore cannot claim interest on the monies owing by the appellant under the transaction.

My conclusion is the same with respect to the additional indemnity.

VI. Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and strike out the conclusions in the Court of Appeal's judgment ordering that the appellant pay the respondent interest and the additional indemnity on the principal of \$125,000 and costs of \$6,500 provided for in the transaction.

English version of the reasons of Bastarache and Deschamps JJ. delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in part) — This appeal concerns the power of the Court of Appeal to order the payment of interest at the legal rate and an additional indemnity in a case where the Superior Court had not so provided. This case may seem singular in nature, but it gives the Court an opportunity to determine the effect of a judicial demand on the obligation to pay interest and the additional indemnity.

I have read the reasons of my colleague Fish J. With respect, I must disagree. His approach to the issue is more in the nature of a search for fault and malicious intent than an analysis of the legal consequences of the pleadings as they were drawn up by the parties. First, the solution that he proposes fails to address one of the problems brought to light by

Avec égards, j'estime que la position prise par ma collègue met de côté les exigences du caractère corrélatif des obligations dans un contrat synallagmatique. Rappelons à ce sujet que la tentative de dernière minute de l'intimée devant notre Cour de se rabattre sur la transaction constitue tout au plus un remords tardif à l'égard de son rejet d'une entente dont elle a toujours nié l'existence et dont son comportement a de façon directe empêché l'exécution dans le présent dossier.

À mon avis, l'intimée ne peut donc réclamer les intérêts sur les sommes dues par l'appelante en vertu de la transaction.

J'en viens à la même conclusion en ce qui concerne l'indemnité additionnelle.

VI. Conclusion

Pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et radierais les conclusions de la Cour d'appel selon lesquelles l'appelante doit verser à l'intimée les intérêts et l'indemnité additionnelle sur les sommes de 125 000 \$ en capital et 6 500 \$ en frais prévues à la transaction.

Les motifs des juges Bastarache et Deschamps ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — Le pourvoi porte sur le pouvoir de la Cour d'appel d'ordonner le paiement d'un intérêt au taux légal et de l'indemnité additionnelle dans un cas où la Cour supérieure n'en avait point prévu. L'affaire paraît singulière, mais elle permet à la Cour de cerner l'effet d'une demande en justice sur l'obligation de payer l'intérêt et l'indemnité additionnelle.

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Fish. Avec égards, je ne peux que m'en dissocier. Le cheminement qu'il suit tient plus de la recherche d'une faute et de la quête d'une intention malveillante que d'une analyse des conséquences juridiques des actes de procédure tels que formulés par les parties. D'une part, l'issue qu'il propose

70

71

72

73

74

75

the Court of Appeal, and that would mean that this Court has a lesser duty than the Superior Court or the Court of Appeal with respect to protecting the rights of the parties. Second, the solution is not in keeping with the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”). In Quebec, a judge may order the payment of interest from the date a judicial demand is made.

76

The respondent, the Banque nationale de Paris (Canada) (the “Bank”), brought action against the appellant, Vera Ortner Mandel, based on a hypothecary suretyship. Ms. Mandel filed an amended defence and cross-demand in which she submitted that the suretyship was null. However, the document filed included a conclusion which Ms. Mandel characterized as subsidiary, asking the Superior Court to recognize that there had been a transaction, order the parties to abide by it, and homologate it:

[TRANSLATION] SUBSIDIARILY, IN THE EVENT THAT THE COURT CONCLUDES THAT THE GUARANTEE DATED SEPTEMBER 11, 1990, AND THE DEED OF HYPOTHEC (EXHIBITS P-3 AND P-4) ARE VALID:

RECOGNIZE the transaction agreement, which is subject to execution and has the authority of a final judgment as between the parties;

ORDER the parties to comply with the transaction;

HOMOLOGATE the transaction entered into by the parties;

77

The Superior Court found that there had been a transaction but did not make any conclusions against Ms. Mandel: [1996] Q.J. No. 4010 (QL). The two conclusions of the judgment of the Superior Court that relate to the transaction read as follows (at para. 36):

[TRANSLATION] DECLARES the transaction entered into by the plaintiff and the defendant Vera (Ortner) Mandel, on October 19 and 20, 1994, to be valid;

ORDERS the plaintiff to accept the amounts stipulated in the transaction dated October 19 and 20, 1994, as a release of all obligations, and to sign, no later than January 31, 1997, any document that may be required in order for the collateral guarantee charging the

laisse entier un des problèmes mis à jour par la Cour d’appel; notre Cour aurait ainsi moins de devoirs que la Cour supérieure ou la Cour d’appel en ce qui a trait à la sauvegarde des droits des parties. D’autre part, la solution n’est pas respectueuse du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »); au Québec, dès la demande en justice, les intérêts peuvent être ordonnés par le juge.

L’intimée, la Banque nationale de Paris (Canada) (« Banque ») poursuit l’appelante, M^{me} Vera Ortner Mandel, sur la base d’un cautionnement hypothécaire. M^{me} Mandel dépose une défense amendée et demande reconventionnelle dans laquelle elle plaide que le cautionnement est nul. Le document déposé comporte cependant des conclusions que M^{me} Mandel qualifie de subsidiaires, par lesquelles elle demande à la Cour supérieure de prendre acte d’une transaction, d’ordonner aux parties de s’y conformer et de l’homologuer :

SUBSIDIAREMENT, SI LA COUR VENAIT À LA CONCLUSION QUE LA GARANTIE DU 11 SEPTEMBRE 1990 ET L’ACTE D’HYPOTHÈQUE (EXHIBITS P-3 ET P-4) ÉTAIENT VALIDES :

PRENDRE acte de l’entente de transaction, laquelle a force exécutoire et a entre les parties l’autorité de la chose jugée;

ORDONNER aux parties de se conformer à l’entente de transaction;

HOMOLOGUER la transaction intervenue entre les parties;

La Cour supérieure conclut à l’existence de la transaction mais ne prononce aucune conclusion contre M^{me} Mandel : [1996] A.Q. n° 4010 (QL). Les deux conclusions du jugement de la Cour supérieure qui traitent de la transaction sont formulées comme suit (par. 36) :

DÉCLARE valide la transaction intervenue entre la demanderesse et la défenderesse Vera (Ortner) Mandel les 19 et 20 octobre 1994;

ORDONNE à la demanderesse de recevoir comme libérateurs de toutes obligations, les sommes prévues à la transaction des 19 et 20 octobre 1994 et de signer tout document exigible pour la radiation de garantie collatérale grevant l’immeuble de la défenderesse

immovable belonging to the defendant Vera (Ortner) Mandel, located at 6020-6030 Wilderton Crescent, Montréal, to be cancelled;

The Bank appealed to the Court of Appeal, asking it to set aside the conclusion in the judgment relating to the transaction. The Bank relied again on the hypothecary suretyship. It reiterated its real and personal conclusions against Ms. Mandel, seeking an order for the payment of \$180,594.21, plus interest at a rate of prime plus 1.75 percent from January 31, 1992. Ms. Mandel filed a cross-appeal, asking the Court to annul the hypothecary suretyship, and reformulated a claim regarding the transaction. I reproduce two conclusions from the document, because they are a direct call for creativity on the part of the Court of Appeal:

[TRANSLATION] DISMISS the action of the plaintiff-appellant, Banque Nationale de Paris (Canada), against the defendant-respondent, Vera (Ortner) Mandel, on the grounds that the transaction has become incapable of execution or impossible to perform, unless the Court of Appeal orders compulsory execution of the transaction, sets a new deadline for performance and orders the plaintiff-appellant to accept the amounts set out in the transaction of October 19 and 20, 1994, in discharge of all obligations, and sign any document that may be required in order for the collateral guarantee charging the immovable belonging to the defendant-respondent, Vera (Ortner) Mandel, located at 6020-6030 Wilderton Crescent, Montréal, to be cancelled; and

IN THE EVENT that the plaintiff-appellant, Banque Nationale de Paris (Canada), fails to comply with the deadline and with its obligations as determined by the Court of Appeal, declare that the judgment rendered constitutes an acquittance and cancellation of all of the defendant-respondent's obligations to the Banque Nationale de Paris (Canada);

The Court of Appeal affirmed the Superior Court's findings of fact regarding the validity of the suretyship and the existence of the transaction: [2002] Q.J. No. 4749 (QL). The Court of Appeal found, however, that the conclusions in the lower court judgment were impossible to execute, and restated them.

To determine the respective rights of the parties, we must first review the provisions of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."),

Vera (Ortner) Mandel portant les numéros civiques 6020-6030 de l'avenue Wilderton Crescent à Montréal, et ce, au plus tard le 31 janvier 1997;

La Banque se pourvoit devant la Cour d'appel et demande d'infirmer la conclusion relative à la transaction. Elle invoque de nouveau le cautionnement hypothécaire. Elle réitère ses conclusions réelles et personnelles contre M^{me} Mandel demandant une condamnation pour un montant de 180 594,21 \$ avec intérêt au taux préférentiel plus 1,75 pour 100 depuis le 31 janvier 1992. M^{me} Mandel produit un appel incident demandant d'annuler son cautionnement hypothécaire et reformule une demande relative à la transaction. Deux conclusions du document valent d'être reproduites car elles font directement appel à la créativité de la Cour d'appel :

REJETER l'action de la demanderesse-appelante, Banque Nationale de Paris (Canada), contre la défenderesse-intimée, Vera (Ortner) Mandel, pour le motif que la transaction est devenue inexécutoire ou inexécutable; à moins que la Cour d'appel n'ordonne son exécution forcée, et détermine un nouveau délai d'exécution, et ordonne à la demanderesse-appelante de recevoir comme libératoires de toutes obligations, les sommes prévues à la transaction des 19 et 20 octobre 1994, et de signer tous documents exigibles pour la radiation de la garantie collatérale grevant l'immeuble de la défenderesse-intimée, Vera (Ortner) Mandel, portant les numéros civique[s] 6020-6030 de l'avenue Wilderton Crescent à Montréal; et

À DÉFAUT par la demanderesse-appelante, Banque Nationale de Paris (Canada) d'obtempérer au délai et à ses obligations telles que déterminées par la Cour d'appel, que le jugement rendu constitue une quittance et radiation de toutes les obligations de la défenderesse-intimée envers la Banque Nationale de Paris (Canada);

La Cour d'appel confirme les conclusions de fait de la Cour supérieure quant à la validité du cautionnement et à l'existence de la transaction : [2002] J.Q. n^o 4749 (QL). Elle constate cependant le caractère inexécutoire des conclusions du jugement et les reformule.

Pour déterminer les droits respectifs des parties, il est d'abord nécessaire de revoir les dispositions du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25

78

79

80

concerning the powers and duties of the Court of Appeal, when faced with non-executory conclusions in the judgment of the Superior Court. We must then apply the provisions of the *Civil Code of Québec* relating to tender and deposit. I will also analyze the effect of the conclusions sought in the pleadings on the obligation to pay interest, and examine the relief sought as it relates to the additional indemnity. For reference purposes, all statutory provisions that assist in understanding the issues involved in this case are reproduced as an appendix to these reasons.

I. Powers of the Court of Appeal

81

When the Court of Appeal rendered its decision, it could, pursuant to art. 523 C.C.P., as it read at the time, have issued any order to safeguard the rights of the parties. That power was incorporated into art. 46 C.C.P. with the enactment of the *Act to reform the Code of Civil Procedure*, S.Q. 2002, c. 7, s. 7. It came directly into play, first because, as was noted earlier, the conclusions in the judgment of the Superior Court were not executory and also because two of the conclusions sought in the cross-appeal required the Court of Appeal to exercise its discretion.

82

Through its decision, the Court of Appeal sought to fill a gap in the drafting of the judgment. The power of a court to intervene in such circumstances is expressed in terms of a duty. Article 292 C.C.P. requires a Superior Court judge to intervene and draw the attention of the parties to gaps in the proceedings (*Gatineau (Ville) v. Raymond*, [1996] Q.J. No. 951 (QL) (C.A.), and *Girard v. Gariépy*, [1975] C.A. 706). The Court of Appeal is also required to correct, of its own motion, any incorrect terminology in the conclusions sought to give them their true designation (art. 468 C.C.P.) and to ensure that judgments are susceptible of execution (art. 469 C.C.P.). Because the conclusions sought in the cross-appeal were not executory, the Court of Appeal had to restate them.

83

In other words, faced with the obvious gap constituted by the absence of any conclusion against Ms. Mandel, the Court of Appeal had no other choice but

(« C.p.c. »), concernant les pouvoirs et devoirs de la Cour d'appel face au caractère inexécutoire des conclusions du jugement de la Cour supérieure. Il y a ensuite lieu d'appliquer les dispositions du *Code civil du Québec* portant sur les offres et la consignation. J'analyserai aussi l'effet des conclusions des actes de procédure sur l'obligation de payer l'intérêt puis traiterai de la conclusion relative à l'indemnité additionnelle. Toutes les dispositions législatives utiles pour la bonne compréhension du litige sont reproduites en annexe aux fins de référence.

I. Pouvoirs de la Cour d'appel

Lorsque le jugement de la Cour d'appel a été prononcé, cette dernière pouvait, en vertu de l'art. 523 C.p.c. tel qu'il était alors rédigé, rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties. Ce pouvoir est intégré à l'art. 46 C.p.c. depuis l'adoption de la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, ch. 7, art. 7. Ce pouvoir était directement mis en jeu puisque, tel que mentionné ci-dessus, d'une part, les conclusions du jugement de la Cour supérieure n'étaient pas exécutoires et, d'autre part, deux des conclusions de l'appel incident faisaient appel au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel.

Par son jugement, la Cour d'appel devait corriger une lacune dans la rédaction du jugement. Le pouvoir d'une cour d'intervenir dans de telles circonstances est formulé en termes de devoir. En effet, l'art. 292 C.p.c. impose au juge de la Cour supérieure d'intervenir pour signaler aux parties les lacunes de leurs procédures (*Gatineau (Ville) c. Raymond*, [1996] A.Q. n° 951 (QL) (C.A.), et *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A. 706). La Cour d'appel devait aussi redresser d'elle-même les impropriétés de termes dans les conclusions pour leur donner leur véritable qualification (art. 468 C.p.c.) et s'assurer que le jugement soit susceptible d'exécution (art. 469 C.p.c.). Comme les conclusions de l'appel incident n'étaient pas elles-mêmes exécutoires, la Cour d'appel devait les reformuler.

En somme, face à la lacune évidente que constituait l'absence de conclusion contre M^{me} Mandel, la Cour d'appel n'avait d'autre choix que de se

to be creative. The only question to be answered is whether the Court exceeded its jurisdiction.

II. The Effect of the Provisions of the *Civil Code of Québec* Regarding Tender and Deposit

The Bank had claimed contractual interest on the original debt, but failed to include in its claim a conclusion dealing with the transaction. The transaction became part of the action filed in the Superior Court only when Ms. Mandel made her “subsidiary” conclusion. Under the transaction, Ms. Mandel was to pay \$125,000 plus costs in the amount of \$6,500 as of October 25, 1994. In ordering Ms. Mandel to make payment in accordance with the terms of the transaction, the Court of Appeal could enquire as to the effect of the passage of time and, consequently, whether it was necessary to provide for the payment of interest.

The Court of Appeal provided for this by relying on the provisions of the *Civil Code of Québec*, and more specifically on art. 1586. The reasons for the Court of Appeal’s decision in this respect are found in the following paragraph (at para. 8):

[TRANSLATION] Given the appellant’s unequivocal refusal to comply with the transaction, the respondent Vera (Ortner) Mandel did not deposit the money she owed pursuant to the offer to settle. Accordingly, the respondent Vera (Ortner) Mandel must pay interest on that amount (art. 1586 C.C.Q.) as of the date stipulated in the transaction, October 25, 1994.

In my opinion, the Court of Appeal was correct in so doing.

According to the transaction, Ms. Mandel was obliged to pay the amounts owing on October 25, 1994. In her amended defence and cross-demand, Ms. Mandel herself asked the Superior Court to order her to comply with the transaction. This was purely and simply a tender by which Ms. Mandel expressed her readiness to pay the amounts set out in the transaction. The tender was rejected by the Bank, which denied the existence of such a transaction. This tender is governed by arts. 1573 to 1589 C.C.Q. More specifically, art. 1573 C.C.Q. provides as follows:

montrer créative. La seule question qui se pose est donc de déterminer si elle a outrepassé ses pouvoirs.

II. L’effet des dispositions du *Code civil du Québec* sur les offres et la consignation

La Banque avait réclamé les intérêts contractuels sur la créance initiale, mais n’avait pas formulé de conclusion en relation avec la transaction. Ce n’est, en effet, que par la conclusion « subsidiaire » de M^{me} Mandel que la transaction a fait l’objet de la demande soumise à la Cour supérieure. Selon la transaction, M^{me} Mandel devait payer 125 000 \$ plus des frais de 6 500 \$ en date du 25 octobre 1994. En formulant une ordonnance contre M^{me} Mandel de payer selon les termes de la transaction, la Cour d’appel pouvait s’interroger sur l’effet du temps écoulé et par conséquent sur la nécessité de pourvoir au paiement d’un intérêt.

Elle y a pourvu en se fondant sur les dispositions du *Code civil du Québec*, et plus particulièrement son art. 1586. Un paragraphe du jugement motive sa conclusion (par. 8) :

Devant le refus évident de l’appelante de donner suite à la transaction, l’intimée Vera (Ortner) Mandel n’a pas consigné les argents qu’elle lui devait en vertu de l’offre de règlement de celle-ci. En conséquence, l’intimée Vera (Ortner) Mandel doit payer les intérêts sur cette somme (art. 1586 C.c.Q.) à compter de la date prévue par la transaction, soit le 25 octobre 1994.

À mon avis, la Cour d’appel a eu raison de conclure ainsi.

En raison de la transaction, M^{me} Mandel était obligée de payer les montants dus, et ce en date du 25 octobre 1994. Dans sa défense amendée et demande reconventionnelle, M^{me} Mandel demandait elle-même à la Cour supérieure de lui ordonner de se conformer à la transaction. Il s’agissait là ni plus ni moins d’une offre par laquelle M^{me} Mandel se déclarait prête à payer les montants prévus à la transaction, offre qui était refusée par la Banque qui niait l’existence de la transaction. Cette offre est régie par les art. 1573 à 1589 C.c.Q. De façon plus spécifique, l’art. 1573 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

84

85

86

1573. Where a creditor refuses or neglects to accept payment, the debtor may make a tender.

A tender consists in placing the thing which is due at the disposal of the creditor at the place and time that payment is due. In addition to the thing due, with the interest and periodic payments it has yielded, a reasonable amount to cover unliquidated expenses owed by the debtor shall be included, saving the right to make up any deficiency in that amount.

87 Ms. Mandel did not deposit the amount provided for in the transaction. If she had done so, she would have had the benefit of the consequence expressly set out in art. 1586 C.C.Q.:

1586. A deposit made according to the conditions set forth in the preceding articles releases the debtor, for the future, from the payment of interest or income yielded.

88 Ms. Mandel argued, however, that because the Bank refused to act on the transaction, she was unable to borrow the money that was needed to perform her obligations under the transaction from another institution, the Bank of Montreal, and, consequently, under art. 1591 C.C.Q., she was relieved of her obligation to deposit.

89 In my opinion, this argument cannot be accepted, for three reasons.

90 First, under the transaction, which alone governs the substantive obligations of the parties pursuant to the judgment of the Superior Court, as affirmed by the Court of Appeal, the Bank reduced its claim from \$180,594.21, plus interest at the contractual rate from January 31, 1992, to \$125,000, plus \$6,500 in costs. Ms. Mandel then withdrew her contestation regarding the validity of her suretyship and agreed to pay by October 25, 1994. The other undertakings, such as the signature of a declaration of out-of-court settlement and the delivery of an acquittance, are merely means of implementing the transaction. The correlative obligations of the parties were therefore, on one side, to reduce the claim, and on the other side, to withdraw the contestation. Article 1591 C.C.Q. therefore does not allow Ms. Mandel to delay payment, because, pursuant to the transaction, the Bank has fulfilled its obligation by reducing the amount of its claim.

1573. Lorsque le créancier refuse ou néglige de recevoir le paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles.

Ces offres consistent à mettre à la disposition du créancier le bien qui est dû, aux temps et lieu où le paiement doit être fait. Elles doivent comprendre, outre le bien dû et les intérêts ou arrérages qu'il a produits, une somme raisonnable destinée à couvrir les frais non liquidés dus par le débiteur, sauf à les parfaire.

M^{me} Mandel n'a pas consigné le montant prévu à la transaction. Si elle l'avait fait, elle aurait bénéficié de la conséquence prévue explicitement à l'art. 1586 C.c.Q. :

1586. La consignation faite dans les conditions prévues aux articles précédents libère le débiteur du paiement des intérêts ou des revenus produits pour l'avenir.

M^{me} Mandel plaide cependant qu'en raison du refus de la Banque de donner suite à la transaction, elle n'a pu emprunter d'une autre institution, la Banque de Montréal, les sommes nécessaires pour l'exécution de la transaction. Selon l'art. 1591 C.c.Q., elle serait libérée de son obligation de consigner.

Cet argument, à mon avis, ne peut être retenu, et ce pour trois raisons.

Premièrement, en vertu de la transaction, qui seule régit les obligations substantielles des parties en vertu du jugement de la Cour supérieure confirmé par la Cour d'appel, la Banque réduit sa réclamation de 180 594,21 \$ avec intérêts au taux contractuel depuis le 31 janvier 1992 à un montant de 125 000 \$ plus des frais de 6 500 \$. De son côté, M^{me} Mandel renonce à sa contestation concernant la validité de son cautionnement et s'engage à payer le 25 octobre 1994. Les autres engagements, tels la signature de la déclaration de règlement et la remise de la quittance, ne sont que des éléments de mise en œuvre de la transaction. Les obligations corrélatives sont donc, d'une part la réduction de la réclamation et, d'autre part, la renonciation à la contestation. L'article 1591 C.c.Q. ne permet donc pas à M^{me} Mandel de retarder le paiement puisqu'en vertu de la transaction, la Banque a satisfait à son obligation en ayant réduit la réclamation.

Second, I find it hard to understand how the fact that Ms. Mandel was unable to borrow from a third party to which she would have had to pay interest — interest that she did not pay — can justify her not paying interest to the Bank. By her own submission, Ms. Mandel has owed the money since October 25, 1994. It should be of little concern to her to whom she pays the interest. In fact, she enjoyed the money since 1994. Since she is not paying interest to a third party, nothing prevents her from paying it to the Bank. She cannot rely on this argument, which is in the nature of unjust enrichment. It is actually Ms. Mandel who is being enriched at the Bank's expense. In his reasons for judgment, my colleague Fish J. alludes to \$90,000 in interest that Ms. Mandel might not have paid to the Bank of Montreal. It is important to note that no evidence was introduced regarding that figure. Moreover, that figure appears to include the additional indemnity, the rate of which varied between 7 and 12 per cent during the period in question, while the legal rate was 5 per cent. Additionally, to state, in the context of this case, that Ms. Mandel would not have paid interest to the Bank of Montreal is, in my opinion, highly speculative.

Third, the exception for nonperformance has no effect on the payment of interest in the context of tender and deposit, except to the extent provided in art. 1587 C.C.Q., which specifically addresses this matter. That article provides that when a debtor makes a tender to obtain the creditor's performance of a correlative obligation, the interest belongs to the debtor:

1587. Interest or income yielded from the date of deposit belongs to the creditor. Nevertheless, where the deposit is made to obtain the performance of an obligation of the creditor that is correlative to the obligation the debtor intends to perform by the deposit, the interest or income belongs to the debtor until the deposit is accepted by the creditor.

The second sentence of the article applies when the creditor is holding property in return for the money offered by the debtor. This provision entitles the debtor to the interest earned while the creditor continues to have the enjoyment of the property

Deuxièmement, je vois difficilement comment le fait de ne pas avoir pu emprunter à un tiers à qui M^{me} Mandel aurait dû payer des intérêts, et qu'elle n'a pas payés, peut justifier de ne pas payer des intérêts à la Banque. En effet, les montants sont dus par M^{me} Mandel, selon sa propre prétention, depuis le 25 octobre 1994. Peu devrait lui importer à qui elle paie des intérêts. En fait, elle jouit du montant depuis 1994. Comme elle ne paie pas d'intérêt au tiers, rien ne s'oppose à ce qu'elle les paie à la Banque. Elle ne peut invoquer cet argument qui s'apparente à l'enrichissement sans cause. En fait, c'est plutôt M^{me} Mandel qui s'enrichit aux dépens de la Banque. Mon collègue le juge Fish, dans ses motifs, fait allusion à des intérêts de 90 000 \$ que M^{me} Mandel n'aurait peut-être pas payés à la Banque de Montréal. Il importe de signaler que ce montant n'a fait l'objet d'aucune preuve. De plus, ce montant semble inclure l'indemnité additionnelle qui, au cours de la période pertinente, a varié entre 7 et 12 pour 100 alors que l'intérêt légal est de 5 pour 100. Au surplus, dans le contexte de la présente affaire, il me paraît bien spéculatif de prétendre que M^{me} Mandel n'aurait pas payé les intérêts à la Banque de Montréal.

Troisièmement, l'exception d'inexécution n'a d'incidence sur le paiement des intérêts, dans le contexte des offres et consignation, que dans la mesure prévue à l'art. 1587 C.c.Q. qui en traite spécifiquement. Cet article prévoit que lorsqu'un débiteur se prévaut de la consignation pour obtenir d'un créancier l'exécution d'une obligation correlative, il bénéficie des intérêts :

1587. Les intérêts ou revenus produits pendant la consignation appartiennent au créancier. Néanmoins, ils appartiennent au débiteur jusqu'à ce que la consignation soit acceptée par le créancier, lorsque la consignation est faite afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de ce dernier, elle-même correlative à celle qu'entend exécuter le débiteur par la consignation.

La deuxième phrase de cet article traite du cas où le créancier détient un bien qui constitue la contrepartie du montant offert par le débiteur. Cette disposition permet au débiteur de bénéficier des intérêts pendant que le créancier conserve la

(*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. 1, at p. 977; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), § 332). The rule does not apply when the creditor has already performed his or her correlative obligation, as the Bank did when it reduced its claim under the terms of the transaction. As noted earlier, the signing of a declaration of out-of-court settlement and the delivery of a release are mechanisms for implementing the transaction, and cannot be characterized as correlative obligations. Moreover, the Bank in this case is not in possession of any property of which it has the enjoyment and which justified Ms. Mandel in retaining the interest. Rather, it is Ms. Mandel who has retained the property.

93 Deposit is not mandatory. Ms. Mandel's failure to deposit the money does not deprive her of any defence or preclude her from arguing for recognition of the transaction. The mechanism set out in the provisions of the *Civil Code of Québec* regarding deposit is only useful for determining who is assigned the interest.

94 I believe that the Court of Appeal was correct to refer to this mechanism and to assign the interest to the Bank because of Ms. Mandel's failure to deposit the money owing. In contrast, the effect of the disposition proposed by my colleague Fish J. is to order Ms. Mandel to pay the amount owing on October 25, 1994, without taking into account the effect of the time that has since passed. I believe that, in so doing, he has failed to have regard to the duties imposed on the courts under the *Code of Civil Procedure*.

III. The Effect of the Pleadings on the Obligation to Pay Interest

95 In the opinion of the Court of Appeal, as soon as a demand involving an award of money is filed with a court, payment of interest may be ordered. If the demand is based on a contract that does not provide for interest, the judge may order interest to be paid at the legal rate. That is the effect of art. 1617 C.C.Q.:

1617. Damages which result from delay in the performance of an obligation to pay a sum of money consist

jouissance du bien (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. 1, p. 977; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), § 332). Ce cas ne trouve pas application lorsque le créancier a déjà exécuté son obligation correlative, comme c'est le cas pour la Banque qui a réduit sa réclamation aux termes de la transaction. Tel que mentionné ci-dessus, la signature d'une déclaration hors cour et la remise de la quittance sont des mécanismes de mise en œuvre de la transaction et ne peuvent être qualifiés d'obligations corrélatives. Au surplus, la Banque ne détient, ici, aucun bien dont elle conserve la jouissance et qui justifiait M^{me} Mandel de conserver les intérêts. C'est plutôt M^{me} Mandel qui conserve le bien.

La consignation n'est pas obligatoire. Le défaut de M^{me} Mandel de consigner ne la prive d'aucun moyen de défense ni d'aucun argument en faveur de la reconnaissance de la transaction. Le mécanisme qui est prévu aux dispositions du *Code civil du Québec* concernant la consignation n'est utile que pour déterminer à qui les intérêts sont attribués.

J'estime que la Cour d'appel était justifiée d'avoir recours à ce mécanisme et d'attribuer les intérêts à la Banque en raison du défaut de M^{me} Mandel de consigner le montant dû. Par ailleurs, la conclusion suggérée par mon collègue le juge Fish a pour effet d'ordonner à M^{me} Mandel de payer le montant dû en date du 25 octobre 1994, mais ne pourvoit pas à l'effet du délai écoulé depuis. En cela, j'estime qu'il omet de tenir compte des devoirs imposés aux tribunaux en vertu du *Code de procédure civile*.

III. L'effet des actes de procédure sur l'obligation de payer les intérêts

Pour la Cour d'appel, dès le moment où une cour est saisie d'une demande comportant une condamnation pécuniaire, des intérêts peuvent être ordonnés. Si la demande est fondée sur un contrat qui ne prévoit pas d'intérêt, le juge peut établir l'intérêt au taux légal. C'est l'effet de l'art. 1617 C.c.Q. :

1617. Les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme

of interest at the agreed rate or, in the absence of any agreement, at the legal rate.

The creditor is entitled to the damages from the date of default without having to prove that he has sustained any injury.

A creditor may stipulate, however, that he will be entitled to additional damages, provided he justifies them. [Emphasis added.]

Because the transaction did not stipulate an interest rate, the Court of Appeal was entitled to order the payment of interest at the legal rate.

Neither the Superior Court nor the Court of Appeal placed any weight, correctly in my opinion, on the failure to put the debtor in default. That argument was raised by this Court, and only at the hearing. Because my colleague addresses the argument in his reasons, I believe that it would be useful to analyze it, if only to shed light on the confusion between two ideas: default and being put in default by an extrajudicial notice. As J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin point out, it is important [TRANSLATION] “to avoid the legal complications that terminological confusion might create” (*Les obligations* (5th ed. 1998), § 674).

The purpose of default is to serve formal notice that a debtor has failed to pay or is late in paying a debt (Baudouin and Jobin, *supra*, § 676). Default is governed by arts. 1594 to 1600 C.C.Q. Article 1594 reads as follows:

1594. A debtor may be in default by the terms of the contract itself, when it contains a stipulation that the mere lapse of time for performing it will have that effect.

A debtor may also be put in default by an extrajudicial demand addressed to him by his creditor to perform the obligation, a judicial demand filed against him or the sole operation of law. [Emphasis added.]

Default may therefore take four forms: contract, extrajudicial demand (notice of default), judicial demand and operation of law. Under art. 1617 C.C.Q. it is the default itself, and not the notice of default, or extrajudicial demand, that determines the date as of which interest may be calculated.

d’argent consistent dans l’intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.

Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu’il a subi un préjudice.

Le créancier peut, cependant, stipuler qu’il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier. [Je souligne.]

Comme la transaction ne comportait pas de taux d’intérêt convenu, la Cour d’appel pouvait ordonner le paiement d’intérêts au taux légal.

Ni la Cour supérieure ni la Cour d’appel n’ont relevé l’absence de mise en demeure : avec raison, selon moi. Cet argument a été soulevé par notre Cour, lors de l’audition seulement. Comme mon collègue en traite dans ses motifs, je crois utile d’analyser cet argument, ne serait-ce que pour mettre en lumière la confusion de deux notions, celle de la demeure et celle de la mise en demeure par un avis extrajudiciaire. Comme le signalent les auteurs J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, il importe « d’éviter les imbroglios juridiques qu’une confusion terminologique pourrait créer » (*Les obligations* (5^e éd. 1998), § 674).

Le but de la demeure est de constater formellement le défaut ou le retard du débiteur à payer (Baudouin et Jobin, *op. cit.*, § 676). La demeure est régie par les art. 1594 à 1600 C.c.Q. Selon l’art. 1594 :

1594. Le débiteur peut être constitué en demeure d’exécuter l’obligation par les termes mêmes du contrat, lorsqu’il y est stipulé que le seul écoulement du temps pour l’exécuter aura cet effet.

Il peut être aussi constitué en demeure par la demande extrajudiciaire que lui adresse son créancier d’exécuter l’obligation, par la demande en justice formée contre lui ou, encore, par le seul effet de la loi. [Je souligne.]

La demeure peut donc prendre quatre formes : le contrat, la demande extrajudiciaire (mise en demeure), l’interpellation judiciaire ou la loi. Selon l’article 1617 C.c.Q., c’est la demeure, et non la mise en demeure, ou demande extrajudiciaire, qui permet de déterminer la date à compter de laquelle l’intérêt peut être calculé.

96

97

98

99

100 Article 1594 C.C.Q. allows for the date on which the debtor is in default to be determined. When a creditor has not formally put his or her debtor in default by extrajudicial notice, or when the law or the contract is silent on this point, the date on which a judicial demand is filed can establish the date as of which interest is calculated.

101 By definition, an extrajudicial demand precedes an action and is no longer relevant once the case is before the courts. An extrajudicial demand is not a prerequisite to bringing an action (*Denis v. Moreau*, [1974] C.A. 249; *Côté v. Sternlieb*, [1958] S.C.R. 121) or to the calculation of interest.

102 How then is this case to be decided? In her defence, which included a subsidiary cross-demand, Ms. Mandel herself made a judicial demand that made superfluous any extrajudicial demand by the Bank. What more could the Bank have added? Should the Bank have amended its claim to also include a subsidiary claim for the confirmation of the transaction in the event its claim for compulsory execution of the suretyship was dismissed? What would that claim have added to Ms. Mandel's pleadings in the Superior Court or the Court of Appeal? The Bank did not need to establish that Ms. Mandel had been late in paying, because she herself was asking the judge to make an order directing her to pay the money owing. The argument dealing with the need for an extrajudicial demand is, in my opinion, without merit. Ms. Mandel's subsidiary conclusion constituted the judicial demand.

103 The time of the default is the date on which the judicial demand was made (art. 1594 C.C.Q.), that is, October 24, 1994, and the delay in performing the obligation (art. 1617 C.C.Q.) began on October 25, 1994, the point when Ms. Mandel agreed to pay the money owing.

104 I am therefore of the opinion that the Court of Appeal properly fulfilled its duties to identify anything incorrect in the pleadings before it, that it was necessary for the court to draft executory

L'article 1594 C.c.Q. permet de fixer la date ultime à laquelle le débiteur est en demeure. Lorsqu'un créancier n'a pas formellement mis son débiteur en demeure par un avis extrajudiciaire ou lorsque la loi ou le contrat n'y pourvoient pas, la date d'introduction de la demande en justice peut situer la date à compter de laquelle l'intérêt est calculé.

Par définition, la demande extrajudiciaire précède l'action et n'a plus sa place lorsque le litige est judiciairisé. La demande extrajudiciaire n'est pas une obligation préalable à l'institution de l'action (*Denis c. Moreau*, [1974] C.A. 249; *Côté c. Sternlieb*, [1958] R.C.S. 121), ni au calcul des intérêts.

Qu'en est-il en l'espèce? Par sa défense, qui incorporait une conclusion subsidiaire de la nature d'une demande reconventionnelle, M^{me} Mandel formulait elle-même une demande en justice qui rendait superflète toute demande extrajudiciaire que pouvait expédier la Banque. Qu'aurait pu ajouter la Banque? Incorporer, elle aussi, une conclusion « subsidiaire » demandant de confirmer la transaction si sa demande d'exécution forcée du cautionnement était rejetée? En quoi cette conclusion aurait-elle ajouté à la procédure de M^{me} Mandel devant la Cour supérieure ou devant la Cour d'appel? La Banque n'avait pas besoin de faire constater le retard de M^{me} Mandel à payer puisque celle-ci demandait elle-même au juge de prononcer une ordonnance lui enjoignant de payer les montants dus. L'argument de l'absence de demande extrajudiciaire n'a, à mon avis, aucun fondement. La conclusion subsidiaire de M^{me} Mandel constituait la demande en justice.

Le moment de la demeure est établi à la date à laquelle la demande en justice est formée (art. 1594 C.c.Q.), soit le 24 octobre 1994, et le retard dans l'exécution de l'obligation (art. 1617 C.c.Q.) date du 25 octobre 1994, qui correspond au moment auquel M^{me} Mandel s'est engagée à payer les montants dus.

J'estime donc que la Cour d'appel a, à juste titre, exercé son devoir de soulever les impropriétés des procédures dont elle était saisie, qu'elle devait formuler une conclusion exécutoire en raison de la

conclusions in light of the conclusion sought by Ms. Mandel herself, and to exercise its power to award interest at the legal rate as it did.

IV. The Additional Indemnity

The Court of Appeal has consistently held that an additional indemnity may be granted only if it is expressly requested (*Compagnie d'assurance Missisquoi v. Bessette*, [1999] R.R.A. 823; *Plomberie West Island ltée v. Société de construction des musées du Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 14 (QL); *Racette v. Di Salvio*, [1995] Q.J. No. 771 (QL); *Gersten v. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; and *Raymond v. McColm*, [1987] Q.J. No. 82 (QL)).

When questioned during the hearing, counsel for the Bank stated that a motion to amend had been made orally when the fact that the conclusions were incapable of execution was being discussed in the Court of Appeal. Counsel for Ms. Mandel contended, on the contrary, that no such request had been made to the Court of Appeal. Because the record is silent on this matter and no motion to amend was filed with this Court, the conclusion respecting the indemnity must be deleted.

V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal in part, striking out the words [TRANSLATION] “and the additional indemnity” from the judgment of the Court of Appeal, this without costs because of the mixed outcome of the appeal.

APPENDIX

Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party to amend his written proceedings, to implead a person whose presence is necessary, or even, in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

It has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties. It may even, notwithstanding the expiry of the delay allowed by article 494, but provided that more than six months have not elapsed

conclusion formulée par M^{me} Mandel elle-même et qu'elle pouvait accorder l'intérêt au taux légal tel qu'elle l'a fait.

IV. L'indemnité additionnelle

Selon la jurisprudence constante de la Cour d'appel (*Compagnie d'assurance Missisquoi c. Bessette*, [1999] R.R.A. 823; *Plomberie West Island ltée c. Société de construction des musées du Canada inc.*, [1999] A.Q. n^o 14 (QL); *Racette c. Di Salvio*, [1995] A.Q. n^o 771 (QL); *Gersten c. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; et *Raymond c. McColm*, [1987] A.Q. n^o 82 (QL)), pour que l'indemnité additionnelle soit accordée, elle doit avoir fait l'objet d'une demande expresse.

Interrogé à l'audience, l'avocat de la Banque a avancé qu'une demande verbale d'amendement avait été faite lorsque le caractère inexécutoire des conclusions a été discuté devant la Cour d'appel. L'avocat de M^{me} Mandel a, au contraire, plaidé qu'aucune demande en ce sens n'a été soumise à la Cour d'appel. Comme le dossier est silencieux et qu'aucune demande d'amendement n'a été déposée devant notre Cour, la conclusion relative à l'indemnité doit être retranchée.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir partiellement l'appel et de biffer du jugement de la Cour d'appel les mots « et l'indemnité additionnelle », le tout sans frais en raison du résultat mitigé du pourvoi.

ANNEXE

Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, ch. C-25

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa juridiction, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties; elle peut même, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 494, mais pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois

105

106

107

since the judgment, grant special leave to appeal to a party who shows that in fact it was impossible for him to act sooner.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

46. The courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction.

They may, at any time and in all matters, whether in first instance or in appeal, issue orders to safeguard the rights of the parties, for such time and on such conditions as they may determine. As well, they may, in the matters brought before them, even on their own initiative, issue injunctions or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to deal with cases for which no specific remedy is provided by law.

292. At any time before judgment, the presiding judge may draw the attention of the parties to any gap in the proof or in the proceedings and permit them to fill it, on such conditions as he may determine.

468. The court cannot adjudicate beyond the conclusions; however, it may correct incorrect terminology in the conclusions, in order to give to them their true designation in the light of the facts alleged.

469. Every judgment involving a condemnation must be susceptible of execution. Every judgment for damages must contain a liquidation thereof; if it contains a joint and several condemnation against the persons responsible for the injury, it shall, if the evidence permits, determine as between such persons only, the share of each in the condemnation.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

1586. A deposit made according to the conditions set forth in the preceding articles releases the debtor, for the future, from the payment of interest or income yielded.

1587. Interest or income yielded from the date of deposit belongs to the creditor. Nevertheless, where the deposit is made to obtain the performance of an obligation of the creditor that is correlative to the obligation the debtor intends to perform by the deposit, the interest or income belongs to the debtor until the deposit is accepted by the creditor.

1591. Where the obligations arising from a synallagmatic contract are exigible and one of the parties fails to perform his obligation to a substantial degree or does not offer to perform it, the other party may refuse to perform his correlative obligation to a corresponding degree, unless he is bound by law, the will of the parties or usage to perform first.

depuis le jugement, accorder une permission spéciale d'appeler à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

292. En tout temps avant jugement, le juge qui préside le tribunal peut signaler aux parties quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure, et leur permettre de la combler, aux conditions qu'il détermine.

468. Le tribunal ne peut adjuger au-delà de ce qui est demandé; il peut néanmoins redresser les impropriétés de termes dans les conclusions, pour donner à celles-ci leur véritable qualification eu égard aux faits allégués.

469. Le jugement portant condamnation doit être susceptible d'exécution. Celui qui condamne à des dommages-intérêts en contient la liquidation; lorsqu'il prononce une condamnation solidaire contre les personnes responsables d'un préjudice, il détermine, pour valoir entre elles seulement, la part de chacune dans la condamnation, si la preuve permet de l'établir.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

1586. La consignation faite dans les conditions prévues aux articles précédents libère le débiteur du paiement des intérêts ou des revenus produits pour l'avenir.

1587. Les intérêts ou revenus produits pendant la consignation appartiennent au créancier. Néanmoins, ils appartiennent au débiteur jusqu'à ce que la consignation soit acceptée par le créancier, lorsque la consignation est faite afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de ce dernier, elle-même correlative à celle qu'entend exécuter le débiteur par la consignation.

1591. Lorsque les obligations résultant d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas substantiellement la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d'exécuter son obligation correlative, à moins qu'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle soit tenue d'exécuter la première.

1594. A debtor may be in default by the terms of the contract itself, when it contains a stipulation that the mere lapse of time for performing it will have that effect.

A debtor may also be put in default by an extrajudicial demand addressed to him by his creditor to perform the obligation, a judicial demand filed against him or the sole operation of law.

1617. Damages which result from delay in the performance of an obligation to pay a sum of money consist of interest at the agreed rate or, in the absence of any agreement, at the legal rate.

The creditor is entitled to the damages from the date of default without having to prove that he has sustained any injury.

A creditor may stipulate, however, that he will be entitled to additional damages, provided he justifies them.

Appeal allowed, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Montréal.

1594. Le débiteur peut être constitué en demeure d'exécuter l'obligation par les termes mêmes du contrat, lorsqu'il y est stipulé que le seul écoulement du temps pour l'exécuter aura cet effet.

Il peut être aussi constitué en demeure par la demande extrajudiciaire que lui adresse son créancier d'exécuter l'obligation, par la demande en justice formée contre lui ou, encore, par le seul effet de la loi.

1617. Les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.

Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

Le créancier peut, cependant, stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante : Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.

Procureurs de l'intimée : McCarthy Tétrault, Montréal.

Canadian Forest Products Ltd. *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia** *Respondent*

and between

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

v.

Canadian Forest Products Ltd. *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Forest
Practices Board, Sierra Club of Canada,
David Suzuki Foundation, Council of Forest
Industries, Forest Products Association
of Canada and Coast Forest & Lumber
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. CANADIAN
FOREST PRODUCTS LTD.**

Neutral citation: 2004 SCC 38.

File No.: 29266.

2003: October 16; 2004: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and
Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Damages — Environmental damages to public
lands — Compensation — Forest fire — Valuation of
loss of harvestable trees, and of non-harvestable trees in
environmentally sensitive areas — Appropriate basis to
calculate compensation — Province suing for compen-
sation logging company responsible for fire — Whether
Province can sue not only as ordinary landowner but*

Canadian Forest Products Ltd. *Appelante*

c.

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

et entre

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

c.

Canadian Forest Products Ltd. *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, Conseil
des pratiques forestières, Sierra Club du
Canada, David Suzuki Foundation, Council
of Forest Industries, Association des produits
forestiers du Canada et Coast Forest &
Lumber Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE c.
CANADIAN FOREST PRODUCTS LTD.**

Référence neutre : 2004 CSC 38.

N^o du greffe : 29266.

2003 : 16 octobre; 2004 : 11 juin.

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

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

*Dommages-intérêts — Dommages environnementaux
à des terres domaniales — Indemnité — Incendie de
forêt — Évaluation de la perte d'arbres récoltables, et
d'arbres protégés dans des zones écosensibles — Fon-
dement approprié du calcul de l'indemnité — Poursuite
en indemnisation de la province contre la société fores-
tière responsable de l'incendie — La province peut-elle*

also as parens patriae — Whether Comparative Value Pricing system can be taken into account to reduce compensation — Whether Province entitled to “auction value” of harvestable trees — Whether Province entitled to commercial value of non-harvestable trees plus a premium for environmental value — Whether common law provides for environmental damages.

In 1992, a fire swept through the Stone Creek area in the interior of British Columbia, damaging 1491 hectares of forest in a region where tenure holders are licensed to log. There is no dispute that the appellant (“Canfor”), a major licensee, is largely responsible for the blaze. After the fire, the burned-over cutting areas were logged. The fire-damaged timber was sold at a reduced price. The burned trees in some areas were left standing for environmental reasons, primarily to add stability to the soil, and the Crown adopted a rehabilitation plan. The Crown claimed damages against Canfor for three categories of loss: (1) expenditures for suppression of the fire and restoration of the burned-over areas; (2) loss of stumpage revenue from trees that would have been harvested in the ordinary course (harvestable trees); and (3) loss of trees set aside for various environmental reasons (non-harvestable or protected trees) in sensitive areas as established by the Crown.

In 1987, as part of its strategy to deal with the softwood lumber dispute with the United States, the Province adopted a stumpage “target rate” for wood harvested in the British Columbia Interior, together with a Comparative Value Pricing (“CVP”) system, which the Crown’s expert testified operates to ensure “that provincial revenues are not affected by low timber values” in any particular area. Forest productivity and costs of production varied from licence area to licence area within the British Columbia Interior, and the Province’s regulatory rate system was calculated to ensure cost sensitivity to local conditions. If the “value” of the standing timber was reduced in one area, therefore giving rise to a reduced stumpage rate in that area, the regulatory system, through the CVP mechanism, adjusted the rates paid by other licensees in the following quarter to compensate. This was known as the “waterbed effect”, which affected approximately 35 percent of the harvested timber from the Stone Creek

poursuivre non seulement en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire mais aussi en sa qualité de parens patriae? — Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative peut-il être pris en compte pour diminuer le montant de l’indemnité? — La province a-t-elle droit à la « valeur aux enchères » des arbres récoltables? — La province a-t-elle droit à la valeur marchande des arbres protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale? — La common law permet-elle des dommages environnementaux?

En 1992, un incendie de forêt a ravagé la région de Stone Creek dans l’intérieur de la Colombie-Britannique, endommageant 1 491 hectares de forêt dans une région où des titulaires de tenure forestière étaient autorisés à exploiter la forêt. Nul ne conteste que l’appelante (« Canfor »), un important titulaire de permis, est en grande partie responsable de l’incendie. Après l’incendie, les arbres ont été coupés dans les parterres de coupe ravagés par le feu. Le bois endommagé par le feu a été vendu à prix réduit. Dans certaines zones, des arbres brûlés ont été laissés debout à des fins écologiques, principalement pour assurer la stabilité des sols, et la Couronne a adopté un plan de restauration. La Couronne a réclamé des dommages-intérêts pour trois catégories de pertes : (1) les dépenses supportées pour la lutte contre l’incendie et la restauration des aires incendiées, (2) la perte des droits de coupe à l’égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités (les arbres récoltables), et (3) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l’environnement dans les zones désignées écosensibles par la Couronne (les arbres réservés ou protégés).

En 1987, dans le cadre de sa stratégie à l’égard du différend sur le bois d’œuvre résineux avec les États-Unis, la province a adopté un « taux cible » des droits de coupe pour le bois récolté dans l’intérieur de la Colombie-Britannique, ainsi qu’un système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (« PVC ») qui, selon l’expert de la Couronne, garantissent « que la moindre valeur du bois » dans une aire donnée « n’a pas d’incidence sur les recettes de la province ». La productivité de l’exploitation forestière et les coûts de production variaient d’une aire de permis à l’autre dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, et le système de tarification réglementaire de la province a été conçu pour assurer l’élasticité du coût par rapport aux conditions locales. Si, dans une aire, la « valeur » du bois sur pied était diminuée, entraînant par conséquent une diminution du taux des droits de coupe, la réglementation, par le mécanisme du PVC, rajustait les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du

fire. The stumpage system, including the CVP, was the only source of revenue for the Province under the *Forest Act*, pursuant to which it was entitled to recover revenues.

The trial judge awarded the Crown \$3,575,000 (an amount agreed upon by the parties) under the first category of loss, but otherwise dismissed the claim on the basis that the Crown had failed to prove a compensable loss with respect to either harvestable or non-harvestable trees. The trial judge concluded that, as the fire had accelerated the Province's receipt of revenue that would otherwise have been spread over a period of up to 66 years and that as the fire damage was not so severe as to make the salvaged timber significantly less valuable than it was before the fire, the Province had not suffered a loss in purely financial terms other than restoration costs. The trial judge also held that Canfor was entitled to have the increased revenue obtained by the Province from other licensees under the CVP system taken into account to determine if the Province had suffered a financial loss. In the result, he concluded, the fire left the Province in a financial position no worse than it would have enjoyed had the fire not occurred. With respect to the non-harvestable trees, the trial judge indicated that while the Province had lost something of value, there was no proof of loss other than restoration costs, which had been agreed to.

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal on damages with respect to the harvestable trees, but awarded compensation for diminution of the value of the non-harvestable trees at a figure equivalent to one-third of their commercial value.

Held (Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The decision of the trial judge is restored.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: A claim for environmental loss, as in the case of any loss, must be put forward based on a coherent theory of damages, a methodology suitable for their assessment, and supporting evidence. No one doubts the need for environmental protection but, in this case, apart from the cost of reforestation, which was agreed to, the Crown claims only stumpage and "diminution of the value of the timber" within the burned-over area. The environment includes more than timber, but

trimestre suivant pour compenser. On appelait cela « l'effet stabilisateur », qui touchait environ 35 pour 100 du bois récolté dans la zone ravagée de Stone Creek. Le système des droits de coupe, y compris le PVC, était la seule source de recettes de la province sous le régime de la *Forest Act* donnant ouverture à indemnisation.

Le juge de première instance a accordé à la Couronne 3 575 000 \$ (un chiffre arrêté de concert) à l'égard de la première catégorie de perte, mais a rejeté la demande pour le reste parce que la Couronne n'avait pas prouvé une perte indemnissable soit pour les arbres récoltables, soit pour les arbres réservés. Le juge de première instance a conclu que, comme le feu avait accéléré la perception par la province de recettes qui, sans cela, auraient pu s'étaler sur 66 ans et que le dommage causé par le feu n'était pas grave au point de diminuer de manière significative la valeur du bois récupéré par rapport à celle du bois vert, la province n'avait pas subi de perte d'ordre purement financier, abstraction faite des coûts de restauration. Le juge de première instance a également décidé que Canfor avait droit à ce que les recettes supplémentaires obtenues par la province des autres titulaires de permis en application du système de PVC soient prises en compte pour déterminer si la province avait subi une perte financière. En fin de compte, il a conclu que la province se trouvait dans une situation financière aussi avantageuse que si l'incendie n'avait pas eu lieu. En ce qui concerne les arbres réservés, le juge de première instance a affirmé que la province avait perdu quelque chose de valeur, mais que la preuve relative à la perte portait uniquement sur les coûts de restauration, qui avaient fait l'objet d'un accord.

La Cour d'appel a rejeté l'appel de la Couronne concernant les dommages-intérêts pour ce qui est des arbres récoltables, mais elle a accordé une indemnité en ce qui concerne la diminution de la valeur des arbres réservés, la fixant à un tiers de leur valeur marchande.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La décision du juge de première instance est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Deschamps : Une demande d'indemnité pour une perte environnementale, comme pour toute perte, doit être basée sur une théorie cohérente des dommages, sur une méthode permettant d'évaluer ces dommages et sur une preuve suffisante. Nul ne met en doute la nécessité de protéger l'environnement, mais en l'espèce, hormis le coût du reboisement, dont les parties ont convenu, la Couronne ne réclame que les droits de coupe et la « diminution de la

no allegation of such additional losses were made in that regard. The pleadings proceeded on a fairly narrow commercial focus and that is how the claim was defended.

The Crown's entitlement to compensation for both harvestable and non-harvestable trees should be limited to entitlement in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest. While it is open to the Crown in a proper case to take action as *parens patriae*, for compensation and injunctive relief on account of public nuisance, or negligence causing environmental damage to public lands, such litigation would raise important and novel policy issues. Since the Crown sought compensation here on the same basis as any other landowner for stumpage and "diminution of the value of the timber", this is not a proper appeal for the Court to embark on a consideration of those difficult issues. It would be unfair to the other parties to inject such a wide-ranging and important debate into the proceedings at this late date.

The Crown claimed "auction value" as the appropriate basis on which to calculate compensation for the harvestable trees. However, under the regulatory licensing system in effect in 1992 in British Columbia, the Province was not entitled to auction off the right to an immediate cut of the entire territory eventually burned over, which is what auction value measures. The Provincial regulatory scheme schedules the right to log its forests from year to year and decade to decade in exchange for long-term stability, as well as the economic well-being of communities dependent on a sustainable forest industry. The rights of the licensees were reciprocated in the imposition of corresponding obligations on the Province. The practical effect was that the Province had tied up its forest assets in such a way as to render the auction approach at odds with the Province's own regulatory regime. The Crown is as bound by the legislative scheme of the *Forest Act* as are the private operators, subject to any special exemption. There are no special exemptions applicable here.

The CVP system provides a relevant source of income to the Province which can properly be taken into account to determine if it has suffered a loss. The Province's claim is restricted to the impact of the fire on its projected revenue stream and the assessment of compensable loss is therefore heavily influenced by the regulatory structure which the Province itself designed and implemented. The

valeur de la ressource » dans la zone ravagée par le feu. L'environnement ne se limite pas au bois, mais aucun préjudice additionnel à cet égard n'a été allégué. Les actes de procédure visaient un aspect commercial assez restreint et c'est sur cette base que la demande a été contestée.

Le droit de la Couronne à une indemnité à l'égard tant des arbres récoltables que des arbres réservés est limité à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration. Bien que la Couronne à titre de *parens patriae* ait toute latitude pour engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, ces poursuites soulèveraient des questions de politique générale nouvelles et importantes. Comme la Couronne demande, au même titre que tout propriétaire foncier, d'être indemnisée pour la perte de droits de coupe et la « diminution de la valeur du bois », le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen par la Cour de ces questions difficiles. Il serait injuste pour les autres parties de présenter à une étape aussi tardive des questions dont la portée et l'importance sont aussi grandes.

La Couronne prétend que la « valeur aux enchères » constitue le fondement qui convient pour calculer l'indemnité quant aux arbres récoltables. Toutefois, suivant le système de permis réglementaire en vigueur en Colombie-Britannique en 1992, la province ne pouvait pas vendre aux enchères le droit de couper immédiatement tout le bois de la zone qui allait être ravagée par le feu, ce que permet de mesurer la valeur aux enchères. La réglementation provinciale fixe la coupe du bois pour les années et les décennies à venir en contrepartie de la stabilité à long terme ainsi que du bien-être économique des collectivités qui dépendent d'une industrie forestière stable. Aux droits des titulaires de permis correspondent des obligations de la province. L'effet pratique de ce système est que la province a bloqué ses actifs forestiers et que la méthode des enchères est incompatible avec sa propre réglementation. La Couronne, sous réserve d'exemption spéciale, est liée par les règlements d'application de la *Forest Act* au même titre que les exploitants privés. Aucune exemption spéciale ne s'applique en l'espèce.

Le système de PVC fournit à la province une source de revenu pertinente qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si elle a subi une perte. La demande de réparation de la province est limitée à l'incidence de l'incendie sur le flux anticipé de ses recettes et, donc, l'appréciation de la perte indemnisable dépend grandement de la réglementation que la province a elle-même

trial judge's analysis of the regulatory system was correct and it was open to him to conclude that the Province had defined the British Columbia Interior Region, and not the Stone Creek area itself, as the appropriate frame of reference for revenue purposes. Canfor therefore was entitled to rely on the "revenue-neutral" system the Province had implemented. Thus the Province had not, because of the fire, suffered a loss in the relevant revenue-generating unit.

The Crown's tactic to isolate the Stone Creek fire area from the regulatory region of which it forms a part must be rejected as an attempt to construct a financial loss that was not in fact suffered. If the Crown were permitted to ignore its own regulatory system, and calculate a notional loss by treating the Stone Creek fire area in isolation, it would by collection of that amount exceed the revenue otherwise intended to be collected by its own regulatory scheme and to that extent make a windfall rather than receive fair compensation for a proven loss.

The legislative scheme put in place by the *Forest Act* is central to the analysis of the Province's claim. According to the testimony of Canfor's expert, which was accepted by the trial judge, the CVP stumpage system was designed to ensure that the loss was never incurred. If there was no revenue loss, there was nothing to mitigate. Thus the principles governing mitigation of damages are not pertinent. Similarly, the Crown's argument that Canfor should not be allowed to "pass on" the loss to other forest licensees through the "waterbed effect" is misplaced. If no revenue loss was suffered in the first place, there was no loss to "pass on".

Nor did the Crown prove any financial loss with respect to the non-harvestable trees. Commercial logging of the steep, sensitive slopes would cost more than it was worth and according to the expert evidence would not have produced additional revenue for the Crown. With respect to the riparian areas (which could have been logged in 1992), the trial judge accepted the calculations of Canfor's expert witness which showed that any loss in the commercial value of expected stumpage revenue was more than offset by the receipt of accelerated payments for the immediate harvest of salvaged timber. There was thus no revenue shortfall in that respect either. While stumpage money may well not be a satisfactory financial proxy for the value of forest areas preserved for environmental purposes, the Crown

élaborée et mise en œuvre. Le juge de première instance a correctement analysé le régime réglementaire et il lui était loisible de conclure que la province avait défini le secteur de l'intérieur de la Colombie-Britannique, et non la zone de Stone Creek elle-même, comme étant le cadre de référence approprié pour déterminer les recettes. Canfor était donc fondée à invoquer le système « sans incidence sur les recettes » que la province avait mis en place. Dans cette zone génératrice de recettes, la province n'avait donc pas subi de perte attribuable à l'incendie.

La tactique de la Couronne consistant à isoler la zone ravagée de Stone Creek du secteur réglementé dont elle fait partie doit être rejetée parce qu'elle constitue une tentative de créer une perte financière qu'elle n'a pas subie. Si l'on permettait à la Couronne de faire fi de sa propre réglementation et de calculer une perte théorique en prenant isolément la zone ravagée de Stone Creek, elle toucherait, avec cette somme, des recettes supérieures à celles qu'elle était censée percevoir en vertu de sa propre réglementation et, dans cette mesure, elle obtiendrait un paiement injustifié au lieu de recevoir la juste indemnisation de la perte prouvée.

La réglementation mise en place par la *Forest Act* est essentielle à l'analyse de la demande de la province. Selon la déposition de l'expert de Canfor, que le juge de première instance a retenue, le système de PVC des droits de coupe était conçu pour garantir qu'il n'y ait jamais de perte. S'il n'y avait pas de perte de recettes, il n'y avait rien à limiter. Les principes régissant la limitation des dommages ne sont donc pas pertinents. De même, l'argument de la Couronne selon lequel il ne fallait pas permettre à Canfor de « transférer » la perte à d'autres titulaires de permis par application de « l'effet stabilisateur » porte à faux. Si aucune perte de recettes n'a été subie, il va de soi qu'aucune perte ne peut être « transférée ».

La Couronne n'a pas non plus prouvé qu'elle avait subi une perte financière en ce qui concerne les arbres réservés. L'exploitation commerciale en terrain escarpé vulnérable aurait été déficitaire et, selon les experts, la Couronne n'en aurait tiré aucune recette additionnelle. Pour ce qui est des aires riveraines (qui auraient pu être exploitées en 1992), le juge de première instance a accepté les calculs de l'expert de Canfor qui montraient que toute perte de la valeur marchande des droits de coupe anticipés était plus que compensée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré. Il n'y avait donc pas ici non plus de manque à gagner. Même si la somme tirée des droits de coupe n'est peut-être pas un indicateur financier de la valeur des aires forestières réservées à

asserted a claim for commercial value and a finding by the trial judge that there was no commercial loss precludes an award of damages on that basis.

The Crown's claim to an environmental premium with respect to the non-harvestable trees is grounded neither in the pleadings nor in the evidence. While the fire damage had both commercial and environmental dimensions, the trial judge was not given the evidence to quantify a distinct ecological or environmental loss. The lack of probative evidence, reliable measurement and proper pleading lie at the root of this case. No evidence was led about the nature of the wildlife, plants and other organisms protected by the environmental resource in question, the uniqueness of the ecosystem, the environmental services provided or recreational opportunities afforded by the resource, or the emotional attachment of the public to the damaged or destroyed area. The Crown's claim to an environmental premium of 20 percent of commercial value is therefore overly arbitrary and simplistic. Less arbitrary techniques are available and will have to be carefully considered when and if properly presented. Courts should not strangle legitimate claims that are properly pleaded because of overly technical objections to novel methods of assessment, but the Crown cannot succeed in an unpleaded claim for ecological or environmental damage simply because the Crown on this issue occupies the moral high ground. The courts and the alleged wrongdoer are entitled to require a proper evidentiary basis.

Canfor's argument that environmental losses should only be recoverable under a special statutory remedy such as the United States' *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* should be rejected. There is nothing so peculiar about environmental damages as to cause the courts to neglect the potential of the common law which, if developed in a principled and incremental fashion, can assist in achieving the fundamental value of environmental protection. However, a court cannot act on generalizations and unsupported assertions. In the absence of a statutory regime to address environmental loss, the Court must proceed cautiously with the development of the common law. The trial judge in this case rejected the Crown's claim for financial compensation for

des fins environnementales, la Couronne s'est appuyée sur la valeur marchande comme point de référence, et la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a eu aucune perte commerciale empêche d'accorder des dommages-intérêts à ce titre.

La réclamation, par la Couronne, d'une indemnité additionnelle pour perte environnementale à l'égard des arbres réservés est dénuée de fondement tant dans les actes de procédure qu'au regard de la preuve. Le dommage causé par le feu avait des dimensions à la fois commerciales et environnementales, mais le dossier ne donnait au juge de première instance aucun moyen de quantifier une perte écologique ou environnementale distincte. L'absence de preuves factuelles, de mesure fiable et d'exposé convenable de la demande dans les actes de procédure est un aspect fondamental en l'espèce. On n'a présenté aucune preuve relativement à la nature de la faune, de la flore et des autres organismes protégés par la ressource environnementale en question, au caractère unique de l'écosystème, aux avantages environnementaux qu'offre la ressource, à ses possibilités récréo-touristiques ou à l'attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite. La réclamation, par la Couronne, d'une indemnité additionnelle de 20 pour 100 de la valeur marchande est donc trop arbitraire et simpliste. Des méthodes moins arbitraires existent et devront faire l'objet d'un examen sérieux quand elles seront valablement présentées. Les tribunaux ne doivent pas paralyser les demandes légitimes présentées comme il se doit en opposant des objections excessivement techniques aux méthodes d'évaluation nouvelles, mais la Couronne ne peut avoir gain de cause en ce qui concerne une demande non alléguée pour un préjudice écologique ou environnemental, simplement parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable. Le tribunal et le présumé auteur de la faute ont droit d'exiger que la Couronne étaye sa position par des éléments de preuve.

Il faut rejeter l'argument de Canfor selon lequel seule l'adoption d'un recours distinct, dans une loi spéciale telle que la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* des États-Unis, permettrait le recouvrement des pertes environnementales. Les dommages-intérêts environnementaux ne sont pas à ce point particuliers que les tribunaux doivent négliger la possibilité que la common law, si elle évolue de façon progressive et conforme aux principes, contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu'est la protection de l'environnement. Un tribunal ne peut cependant pas s'autoriser de généralisations et d'assertions non étayées pour intervenir. En l'absence d'un régime législatif encadrant la perte environnementale, la Cour doit user de circonspection dans son élaboration de la common law.

“environmental loss” on the facts of this case and, on the record, he was right to do so.

Per Bastarache, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The Crown’s entitlement in this particular case is not limited to the damages that a private landowner would receive. The fact that the Crown is trying to recover commercial value, or using commercial value as a proxy for the recovery of damages, should not limit the Crown’s *parens patriae* jurisdiction. The Crown, in seeking damages, is still fulfilling its general duty, its *parens patriae* function to protect the environment and the public’s interest in it.

The Crown suffered a compensable loss in respect of harvestable trees despite the CVP system. This system is nothing more than a means of attempting to pass losses on to other forest licensees. Until the fire-damaged forest has grown back to its original state this source of revenue for the Crown — the trees — is lost. The fact that the Crown has a system in place by which it charges higher prices to other customers within the British Columbia Interior should not prevent the Crown from recovering damages for its very real loss. The loss is all the more real when one considers that the Crown lost not only stumps, but a bundle of rights attached to the harvestable trees through the licensing system.

The argument that the effective rate of stumpage that the Crown receives is the same, forest fire or no forest fire, is faulty and the lower courts’ acceptance of it was wrong in fact and in law. There is no guarantee that the CVP system is revenue-neutral. Canfor has only established that the target rate is maintained by charging higher stumpage rates to others. That the target revenue is maintained as a result is by no means certain. Even for a monopolistic supplier of timber licences, as the Crown is in the British Columbia Interior, there are consequences to raising stumpage rates as a result of forest fires, consequences which are too numerous to consider and beyond the competence of the courts. If a court wishes to allow the defence that the Crown has recouped all of its losses from the forest fire by charging higher stumpage rates to other customers in the British Columbia Interior, then it should carry this analysis to its end and inquire into whether the Crown suffered any economic loss as a result of increased stumpage fees charged to other licensees. This type of analysis, however, would be endless and futile and would tax the institutional capacities of the

Le juge de première instance a rejeté la réclamation de la Couronne relative à une indemnité financière pour « perte environnementale » au regard des faits de l’espèce et, au vu du dossier, il a eu raison de le faire.

Les juges Bastarache, LeBel et Fish (dissidents) : Le droit de la Couronne en l’espèce n’est pas limité aux dommages-intérêts qu’un propriétaire ordinaire pourrait obtenir. Le fait que la Couronne cherche à recouvrer la valeur marchande, ou qu’elle utilise celle-ci comme indicateur de valeur en vue de recouvrer des dommages-intérêts, ne doit pas limiter le rôle de la Couronne à titre de *parens patriae*. En demandant des dommages-intérêts, la Couronne remplit toujours sa fonction générale, sa fonction *parens patriae* qui consiste à protéger l’environnement et l’intérêt du public à cet égard.

Même avec le système de PVC, la Couronne a subi une perte indemnifiable en ce qui a trait aux arbres récoltables. Ce système n’est rien de plus qu’un mécanisme permettant de transférer les pertes aux autres titulaires de permis d’exploitation forestière. Jusqu’à ce que la forêt ravagée par le feu retrouve son état initial, cette source de recettes — ces arbres — est perdue. Le fait que la Couronne ait mis en place un système par lequel elle demande aux autres clients du secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique un prix plus élevé ne devrait pas l’empêcher d’obtenir un dédommagement pour sa perte bien tangible. La perte est d’autant plus tangible quand on considère que la Couronne a perdu non seulement les droits de coupe, mais encore un ensemble de droits rattachés aux arbres récoltables dans le cadre du régime d’octroi de permis.

L’argument selon lequel le taux effectif des droits de coupe que la Couronne perçoit reste le même, avec ou sans incendie, est erroné et son acceptation par les tribunaux inférieurs était mal fondée en fait et en droit. Rien ne garantit que le système de PVC n’aura aucune incidence sur les recettes. Canfor a établi seulement que le taux cible est maintenu du fait que l’on exige des autres exploitants des droits plus élevés. Il n’est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant. Même pour un fournisseur qui détient le monopole des permis d’exploitation, comme c’est le cas de la Couronne dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, l’augmentation des droits de coupe par l’effet des incendies de forêt a des conséquences trop nombreuses pour être étudiées, des conséquences qui excèdent la compétence des tribunaux. Si une cour veut admettre le moyen de défense selon lequel la Couronne a recouvré toutes ses pertes causées par l’incendie en imposant des taux des droits de coupe plus élevés aux autres clients du secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, elle devrait pousser son analyse jusqu’au bout et examiner

courts. To the extent that the Crown has shown that it has received less stumpage revenue in the Stone Creek fire area as a result of Canfor's negligence, it has established a right of recovery in damages. Even if the CVP system were in fact revenue-neutral, such a finding would be irrelevant to an assessment of damages in tort. The law of damages only requires the Province to establish damages in a proximate sense.

The CVP system cannot be viewed as a form of mitigation. The principles behind mitigation, in particular the principle of economic efficiency, require the injured party to exploit any new "capacity to earn" triggered by the defendant's tort. Mitigation principles do not require the injured party to attempt to recoup its losses by charging higher prices to other customers. The CVP system is therefore not a mitigating factor in the assessment of damages against Canfor.

The rule against double recovery is not violated by allowing the Crown to recover damages in addition to the increased revenue it received from other licensees under the CVP system. To deny the Crown recovery at bar would amount to recognizing in tort law the defence of passing on, which must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence. The trial judge erred in law in accepting the approach for valuing damages advocated by Canfor's expert, because the expert was essentially advocating a legal defence of passing on, even if cast in a factual light.

The Province should be allowed to recover damages for the non-harvestable trees in the environmentally sensitive areas, both in the riparian zones and on the steep slopes. These trees have intrinsic value at least equal to their commercial value (i.e., stumpage value), despite their non-commercial use. In the absence of better evidence, the value of nearby harvestable trees can serve as a yardstick to measure the value of the trees on the steep slopes, and Canfor's own expert report includes the commercial value for the non-harvestable trees in the riparian

si la Couronne a subi une perte financière en raison de l'augmentation des droits de coupe imposée aux autres titulaires de permis. Une telle analyse serait interminable et futile et grèverait les capacités institutionnelles des tribunaux. Dans la mesure où la Couronne a montré qu'en raison de la négligence de Canfor, elle a perçu moins de droits de coupe dans le secteur ravagé de Stone Creek, elle a prouvé un droit à des dommages-intérêts. Même si le système de PVC a fait en sorte d'éviter toute incidence négative sur les recettes de la Couronne, cette conclusion ne serait pas pertinente à l'évaluation des dommages-intérêts accordés en droit de la responsabilité civile délictuelle. En matière de dommages-intérêts, le droit oblige seulement la province à établir que le préjudice est une conséquence immédiate du délit.

Le système de PVC ne peut être considéré comme un moyen de limitation du préjudice. Les principes régissant la limitation du préjudice, en particulier le principe de l'efficacité économique, commandent que la personne lésée tire parti de la « capacité de gain » nouvellement acquise du fait de la faute du défendeur. Ces principes n'exigent pas que la personne lésée essaie de recouvrer ses pertes en demandant des prix plus élevés aux autres clients. Le système de PVC ne constitue donc pas un facteur de limitation du préjudice dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts réclamés à Canfor.

Le fait d'autoriser la Couronne à recouvrer une indemnité en sus des recettes accrues des droits de coupe perçues des autres titulaires de permis grâce au système de PVC ne viole pas la règle interdisant la double indemnisation. Priver la Couronne de l'indemnité dans le présent pourvoi équivaut à reconnaître en droit de la responsabilité civile délictuelle le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, qu'il ne faut pas laisser s'enraciner dans la jurisprudence canadienne. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en acceptant la méthode d'évaluation des dommages-intérêts préconisée par l'expert de Canfor, parce que ce dernier se trouvait essentiellement à préconiser le moyen de défense en droit fondé sur le transfert de la perte, même si c'était sous la forme d'un exposé factuel.

La province devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts à l'égard des arbres réservés des zones écosensibles, tant pour ce qui est des aires riveraines que des terrains escarpés. Ces arbres ont une valeur intrinsèque au moins égale à leur valeur marchande (soit la valeur des droits de coupe), en dépit de l'usage non commercial qui en est fait. Faute de meilleure preuve, la valeur des arbres récoltables des aires voisines peut servir de point de référence pour mesurer la valeur des arbres en terrain escarpé, et le rapport de l'expert de Canfor inclut déjà la

zones. To say as the Court of Appeal did that the value of the trees in question is only a portion of their commercial value is to significantly and fundamentally devalue the Crown's and society's loss. It is agreed with the majority that no damages for an environmental premium can be awarded.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283; *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Stein v. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *The Queen v. The Ship Sun Diamond*, [1984] 1 F.C. 3; *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536; *Glasgow Corp. v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923); *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York v. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921); *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892); *New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (1975); *State of Washington, Department of Fisheries v. Gillette*, 621 P.2d 764 (1980); *State of California, Department of Fish and Game v. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (1969); *State of Maine v. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (1973); *State of Maryland, Department of Natural Resources v. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (1972); *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The)*, [1991] 1 S.C.R. 3; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144; *Bellingham v. Dhillon*, [1973] Q.B. 304; *1874000 Nova Scotia Ltd. v. Adams* (1997), 146 D.L.R.

valeur marchande des arbres réservés des aires riveraines. Dire, comme la Cour d'appel, que la valeur des arbres en question n'est qu'une fraction de leur valeur marchande revient à sous-évaluer grandement la perte fondamentale qu'ont subie la Couronne et la société. Comme l'ont décidé les juges majoritaires, il n'y a pas lieu d'accorder une indemnité additionnelle au titre de l'environnement.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283; *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Stein c. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *La Reine c. Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 C.F. 3; *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536; *Glasgow Corp. c. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *North Dakota c. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923); *Missouri c. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas c. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York c. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921); *Illinois Central Railroad Co. c. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892); *New Jersey, Department of Environmental Protection c. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (1975); *State of Washington, Department of Fisheries c. Gillette*, 621 P.2d 764 (1980); *State of California, Department of Fish and Game c. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (1969); *State of Maine c. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (1973); *State of Maryland, Department of Natural Resources c. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (1972); *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (Le)*, [1991] 1 R.C.S. 3; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144; *Bellingham c. Dhillon*, [1973] Q.B. 304;

(4th) 466; *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424; *Attorney-General for Nova Scotia v. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Bilambil-Terranora Pty Ltd. v. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465; *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (1989); *Soutzo v. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL); *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Chappell v. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430.

By LeBel J. (dissenting)

Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531 (1918); *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214, rev'd (2003), 65 O.R. (3d) 577; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. viii; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; *Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *Dykhuizen v. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211; *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

1874000 Nova Scotia Ltd. c. Adams (1997), 146 D.L.R. (4th) 466; *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424; *Attorney-General for Nova Scotia c. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Bilambil-Terranora Pty Ltd. c. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465; *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (1989); *Soutzo c. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL); *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Chappell c. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531 (1918); *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Bradburn c. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214, inf. par (2003), 65 O.R. (3d) 577; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. viii; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; *Air Canada c. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *Dykhuizen c. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211; *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 40.
Civil Code (France), art. 538.
Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 180(1).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 11(1).
Forest Act, R.S.B.C. 1979, c. 140 [now R.S.B.C. 1996, c. 157], ss. 84 [now s. 105], 161(1).
Transportation of Dangerous Goods Act, 1992, S.C. 1992, c. 34, s. 34(1)(b).

Authors Cited

- Arrow, Kenneth, et al. *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation*. Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993.
 Benidickson, Jamie. *Environmental Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, No. 46. Vancouver: The Commission, 1980.
 British Columbia. Ministry of Forests. *Interior Appraisal Manual*, January 1, 1990.
 de Bracton, Henry. *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. 2. Translated by Samuel E. Thorne. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1968.
 Estey, Wilfred. "Public Nuisance and Standing to Sue" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.
 Maguire, John C. "Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized" (1997), 7 *J.E.L.P.* 1.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Damages for Environmental Harm*. Toronto: The Commission, 1990.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Standing*. Toronto: The Commission, 1989.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.
 Sandars, Thomas Collett. *The Institutes of Justinian*, 1st American, from the 5th London ed. Chicago: Callaghan, 1876.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (release No. 12, December 2003).

Lois et règlements cités

- Code civil* (France), art. 538.
Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 180(1).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, ch. 89, art. 11(1).
Forest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 140 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 157], art. 84 [maintenant art. 105], 161(1).
Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33, art. 40.
Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses, L.C. 1992, ch. 34, art. 34(1)(b).

Doctrine citée

- Arrow, Kenneth, et al. *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation*. Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993.
 Benidickson, Jamie. *Environmental Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, No. 46. Vancouver: The Commission, 1980.
 Colombie-Britannique. Ministry of Forests. *Interior Appraisal Manual*, January 1, 1990.
 de Bracton, Henry. *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. 2. Translated by Samuel E. Thorne. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1968.
 Estey, Wilfred. « Public Nuisance and Standing to Sue » (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.
 Maguire, John C. « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997), 7 *J.E.L.P.* 1.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Damages for Environmental Harm*. Toronto: The Commission, 1990.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Standing*. Toronto: The Commission, 1989.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.
 Sandars, Thomas Collett. *The Institutes of Justinian*, 1st American, from the 5th London ed. Chicago: Callaghan, 1876.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 166 B.C.A.C. 122, 271 W.A.C. 122, 11 C.C.L.T. (3d) 1, 49 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] B.C.J. No. 692 (QL), 2002 BCCA 217, allowing in part the Province's appeal and dismissing the logging company's cross-appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL). Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting.

G. Bruce Butler and Birgitta von Krosigk, for the appellant/cross-respondent.

J. Douglas Eastwood, Karen Horsman and J. Gareth Morley, for the respondent/cross-appellant.

Donald J. Rennie and Mark Kindrachuk, for the intervener the Attorney General of Canada.

John R. Pennington, for the intervener the Forest Practices Board.

Jerry V. DeMarco, Anastasia M. Lintner and Robert V. Wright, for the interveners the Sierra Club of Canada and the David Suzuki Foundation.

John J. L. Hunter, Q.C., and *K. Michael Stephens*, for the interveners the Council of Forest Industries, the Forest Products Association of Canada and the Coast Forest & Lumber Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

BINNIE J. — In the summer of 1992, a forest fire swept through the Stone Creek area of the Interior of British Columbia about 35 kilometres south of Prince George. Approximately 1,491 hectares were

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book, 1991 (release No. 12, December 2003).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 166 B.C.A.C. 122, 271 W.A.C. 122, 11 C.C.L.T. (3d) 1, 49 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] B.C.J. No. 692 (QL), 2002 BCCA 217, qui a accueilli en partie l'appel interjeté par la province et qui a rejeté l'appel incident interjeté par la société forestière contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents.

G. Bruce Butler et Birgitta von Krosigk, pour l'appelante/intimée.

J. Douglas Eastwood, Karen Horsman et J. Gareth Morley, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Donald J. Rennie et Mark Kindrachuk, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

John R. Pennington, pour l'intervenant le Conseil des pratiques forestières.

Jerry V. DeMarco, Anastasia M. Lintner et Robert V. Wright, pour les intervenants le Sierra Club du Canada et David Suzuki Foundation.

John J. L. Hunter, c.r., et *K. Michael Stephens*, pour les intervenants Council of Forest Industries, l'Association des produits forestiers du Canada et Coast Forest & Lumber Association.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE BINNIE — Pendant l'été de 1992, un incendie de forêt a ravagé la région de Stone Creek, une région de l'intérieur de la Colombie-Britannique située à quelque 35 kilomètres au sud de Prince

burned over, including areas where the appellant Canadian Forest Products Ltd. ("Canfor") and other tenure holders were licensed to log, areas of steep slopes where it was uneconomic to log, still other areas where the trees were too immature to log, and areas along watercourses subsequently declared by the Crown to have too much environmental value to permit logging at all. It is the assessment of compensation for the Crown's claim for environmental damage in these last-identified areas, called Environmentally Sensitive Areas ("ESAs"), that has created particular difficulty.

2 There is no longer any dispute about responsibility for the blaze. In the previous year, Canfor had carried out a controlled burn of its slashing and other logging waste, which failed to extinguish itself over the winter as expected. This fact went undetected because of the negligence of Canfor. The fire flared up again at the end of June 1992. The trial judge found that, while Canfor's negligence contributed to the failure to suppress the resurrection of the fire, the Crown's inadequate firefighting efforts also contributed to the loss ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)). He considered it impossible to apportion degrees of fault or blameworthiness and thus divided responsibility evenly. The Court of Appeal varied his decision by allocating 70 percent of the responsibility to Canfor and 30 percent to the Crown ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217). These findings are no longer in issue.

3 At trial, the Crown claimed damages for three categories of loss:

- (1) Expenditures for suppression of the fire and restoration of the burned-over areas;
- (2) Loss of stumpage revenue from trees that would have been harvested in the ordinary course (harvestable trees); and,
- (3) Loss of trees set aside for various environmental reasons (non-harvestable or protected trees).

George. Environ 1 491 hectares ont été incendiés, y compris des aires où l'appelante Canadian Forest Products Ltd. (« Canfor ») et d'autres titulaires de tenure forestière étaient autorisés à exploiter la forêt, des aires en terrain escarpé où l'exploitation n'était pas rentable, des aires où les arbres n'étaient pas encore matures, et des aires qui longeaient des cours d'eau et où, à cause de leur grande valeur environnementale, la Couronne a depuis interdit la coupe du bois. C'est l'évaluation de l'indemnité que réclame la Couronne pour le dommage environnemental causé dans ces dernières zones, désignées zones écosensibles (« ZES »), qui a fait particulièrement problème.

L'attribution de la responsabilité à l'égard de l'incendie n'est plus contestée. Au cours de l'année précédente, Canfor avait procédé à un brûlage dirigé des broussailles et des résidus de coupe et alors qu'on ne s'y attendait pas, le feu a couvé tout l'hiver. Ce fait est passé inaperçu à cause de la négligence de Canfor. Le feu s'est ravivé à la fin de juin 1992. Le juge de première instance a conclu que, si la négligence de Canfor avait contribué à l'absence de mesures pour empêcher le feu de se raviver, l'insuffisance des efforts de lutte contre l'incendie de la Couronne avait aussi contribué à la perte ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)). Il a jugé impossible d'établir des degrés de faute ou de blâme et a donc partagé la responsabilité également. La Cour d'appel a modifié sa décision, attribuant 70 pour 100 de la responsabilité à Canfor et 30 pour 100 à la Couronne ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217). Ces conclusions ne sont plus en litige.

En première instance, la Couronne a réclamé des dommages-intérêts pour trois catégories de pertes :

- (1) les dépenses supportées pour la lutte contre l'incendie et la restauration des aires incendiées;
- (2) la perte des droits de coupe à l'égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités (les arbres récoltables); et,
- (3) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l'environnement (les arbres réservés ou protégés).

The trial judge awarded the Crown \$3,575,000 under the first heading (which was an agreed figure), but otherwise dismissed the claim on the basis the Crown had failed to prove a compensable loss with respect either to harvestable or non-harvestable trees. In doing so, he expressly accepted as “compelling” the valuation evidence of C. H. Gairns, Canfor’s expert, and rejected the analysis of G. W. Reznik of Deloitte & Touche, the Crown’s valuation expert, as “not persuasive”.

The Court of Appeal dismissed the Crown’s appeal on damages with respect to the harvestable trees, but awarded compensation for “diminution of the value” of the non-harvestable trees at a figure equivalent to one third of their commercial value. The task of assessing the commercial value of the non-harvestable trees, if the parties could not agree to it, was referred back to the trial court. This award is the subject matter of Canfor’s appeal.

The Crown considers the award of compensation to be inadequate and in its cross-appeal claims the “auction value” of the standing timber in both harvestable and non-harvestable areas as of the date of the fire plus a premium over and above auction value for the degradation of the environment caused by destruction of the non-harvestable trees. In the alternative, it seeks an award of stumpage fees, plus the environmental premium on the non-harvestable trees. Canfor attacks the Crown’s methodology and says that, on the evidence, the Crown has been overcompensated, not undercompensated, by the courts in British Columbia.

The question of compensation for environmental damage is of great importance. As the Court observed in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 85, legal measures to protect the environment “relate to a public purpose of superordinate importance”. In *Friends of the Oldman River*

Le juge de première instance a accordé à la Couronne 3 575 000 \$ à l’égard de la première catégorie (un chiffre arrêté de concert), mais a rejeté la demande pour le reste parce que la Couronne n’avait pas prouvé une perte indemnisable soit pour les arbres récoltables, soit pour les arbres réservés. Ce faisant, il a expressément accepté comme [TRADUCTION] « probante » l’expertise de C. H. Gairns, l’expert présenté par Canfor, et il a rejeté l’analyse de G. W. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, l’expert en estimation produit par la Couronne, la trouvant [TRADUCTION] « non convaincante ».

La Cour d’appel a rejeté l’appel de la Couronne concernant les dommages-intérêts pour ce qui est des arbres récoltables, mais elle a accordé une indemnité en ce qui concerne la « diminution de la valeur » des arbres réservés, la fixant à un tiers de leur valeur marchande. Elle a renvoyé à la cour de première instance la tâche de déterminer la valeur marchande des arbres réservés, advenant que les parties ne puissent s’entendre à ce sujet. Cette indemnité fait l’objet du pourvoi de Canfor.

La Couronne estime l’indemnité insuffisante et réclame, dans son pourvoi incident, la [TRADUCTION] « valeur aux enchères » du bois sur pied tant dans les zones exploitables que dans les zones non exploitables à la date de l’incendie, ainsi qu’une indemnité additionnelle au titre de la dégradation de l’environnement causée par la destruction des arbres protégés. Subsidiairement, elle demande à l’égard des arbres réservés que les droits de coupes lui soient accordés, à quoi s’ajouterait une indemnité pour dommage environnemental. Canfor conteste la méthode employée par la Couronne et affirme que, au vu de la preuve, la Couronne a obtenu des tribunaux de la Colombie-Britannique une indemnité excessive, et non une indemnité insuffisante.

La question de l’indemnité pour dommage environnemental revêt une grande importance. Comme la Cour l’a fait observer dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 85, les mesures législatives prises en vue de protéger l’environnement « visent un objectif public d’une importance supérieure ».

4

5

6

7

Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3, the Court declared, at p. 16, that “[t]he protection of the environment has become one of the major challenges of our time.” In *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, “stewardship of the natural environment” was described as a fundamental value (para. 55 (emphasis deleted)). Still more recently, in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, the Court reiterated, at para. 1:

... our common future, that of every Canadian community, depends on a healthy environment. . . . This Court has recognized that “(e)veryone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment . . . environmental protection [has] emerged as a fundamental value in Canadian society”

8 If justice is to be done to the environment, it will often fall to the Attorney General, invoking both statutory and common law remedies, to protect the public interest. In this case, the Attorney General has not resorted to statutory remedies (as under s. 161(1) of the *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140 (now R.S.B.C. 1996, c. 157), for payment where timber is damaged or destroyed) but has sought damages at common law. The present appeal raises, therefore, the Attorney General’s ability to recover damages for environmental loss, the requirement of proof of such loss and a principled approach to the assessment of environmental compensation at common law.

9 The Crown in right of British Columbia says it sues not only in its capacity as property owner but as the representative of the people of British Columbia, for whom the Crown seeks to maintain an unspoiled environment. Thus the claim for an environmental premium is made “in recognition of the fact that it [the Crown], and the public on whose behalf it owned the Protected Trees, valued them more highly as part of a protected

Dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour a déclaré, à la p. 16, que « [l]a protection de l’environnement est devenue l’un des principaux défis de notre époque. » Dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, « la responsabilité de l’être humain envers l’environnement naturel » a été qualifiée de valeur fondamentale (par. 55 (italiques supprimés)). Encore plus récemment, dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, la Cour a affirmé ce qui suit, au par. 1 :

... notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d’un environnement sain. [. . .] Notre Cour a reconnu que « (n)ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l’environnement naturel [. . .] la protection de l’environnement est [. . .] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne »

Pour assurer une juste prise en considération de l’environnement, il revient souvent au procureur général de protéger l’intérêt public en exerçant les voies de droit prévues par la loi et par la common law. En l’espèce, le procureur général ne s’est pas prévalu des recours prévus par la loi (par exemple, le par. 161(1) de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 157), pour obtenir paiement si du bois est endommagé ou détruit) mais il a réclamé des dommages-intérêts suivant la common law. Le présent pourvoi soulève donc la possibilité, pour le procureur général, de recouvrer des dommages-intérêts pour perte environnementale, les exigences de preuve de cette perte et la méthode permettant d’évaluer l’indemnité pour dommage environnemental en common law.

La Couronne du chef de la Colombie-Britannique dit agir non seulement en qualité de propriétaire foncier, mais encore à titre de représentante des habitants de la Colombie-Britannique, au bénéfice desquels elle cherche à préserver un environnement intact. Ainsi, la revendication d’une indemnité additionnelle au titre de l’environnement est-elle formulée [TRADUCTION] « pour reconnaître le fait qu’elle [la Couronne],

ecosystem”. The Crown frames the issue on appeal as the valuation of tort damages for a “publicly owned resource”, and makes reference to the “worth to society” of the trees in their protected state. The Crown states that “[f]air compensation also requires that wrongdoers pay the public for damaging their ecosystems.” In thus framing its claims, the Crown invokes its role as *parens patriae*.

The relationship between the Crown’s status as property owner and the Crown as *parens patriae* is one of the issues presented for consideration, as is the Crown’s hybrid role as regulator of the forest industry and at the same time recipient of a revenue stream established and limited by its own regulatory system.

The Attorney General of Canada intervened in support of the Province to argue that full compensation for damage to protected natural resources must include reimbursement for financial expenditure on restoring the natural resource (“restoration cost”), compensation for the loss of use and passive use until such time as restoration is complete (“loss of use”), and, where the facts warrant, additional compensation for permanent loss of a unique resource where there is no prospect of restoration.

A claim for environmental loss, as in the case of any loss, must be put forward based on a coherent theory of damages, a methodology suitable for their assessment, and supporting evidence. No one doubts the need for environmental protection but, in this case, apart from the cost of reforestation, which was agreed to, the Crown claims only stumpage and “diminution of the value of the timber” within the burned-over area. The environment includes more than timber, but no allegations of loss were made in that regard. The pleadings, in other words,

et le public qu’elle représente en tant que propriétaire des arbres protégés, leur accordent une plus grande valeur en tant que composante d’un écosystème protégé ». Pour la Couronne, la question soulevée dans le présent pourvoi consiste dans l’évaluation des dommages-intérêts délictuels payables pour une « ressource publique » et elle mentionne la [TRADUCTION] « valeur pour la société » des arbres protégés. La Couronne affirme qu’une [TRADUCTION] « juste indemnité n’est possible que si les auteurs de la faute compensent le public de la dégradation des écosystèmes. » En formulant en ces termes ses revendications, la Couronne invoque qu’elle agit à titre de *parens patriae*.

Le rapport entre la qualité de propriétaire foncier de la Couronne et sa qualité de *parens patriae* est l’une des questions qui nous sont soumises, tout comme nous est soumise la question du rôle hybride de la Couronne à la fois en tant qu’autorité de réglementation de l’industrie forestière et en tant que bénéficiaire du flux des recettes qu’elle établit et limite par sa propre réglementation.

Le procureur général du Canada est intervenu à l’appui de la province pour soutenir que la pleine indemnisation pour la détérioration des ressources naturelles protégées doit comprendre le remboursement des sommes engagées pour restaurer ces ressources (« le coût de restauration »), l’indemnisation pour la perte de jouissance et de jouissance passive jusqu’à l’achèvement de la restauration (« la perte de jouissance ») et, si les faits le justifient, une indemnité additionnelle pour la perte permanente de ressources exceptionnelles en cas d’impossibilité de restauration.

Comme pour toute perte, une demande d’indemnité pour une perte environnementale doit être basée sur une théorie cohérente des dommages, sur une méthode permettant d’évaluer ces dommages et sur une preuve suffisante. Nul ne met en doute la nécessité de protéger l’environnement, mais en l’espèce, hormis le coût du reboisement, dont les parties ont convenu, la Couronne ne réclame que les droits de coupe et la « diminution de la valeur de la ressource » dans la zone ravagée par le feu. L’environnement ne se limite pas au bois, mais aucun préjudice n’a été

10

11

12

suggested a fairly narrow commercial focus and that is how the claim was defended.

13 The evidentiary record is also singularly thin on what precise environmental loss occurred, apart from damage to trees, and what value should be placed on it. The evidence of the Crown's own valuation experts, Deloitte & Touche, offered no support for the Crown's present expanded posture on environmental loss.

14 We cannot treat the Crown's argument as evidence; nor can we read into the record a theory of valuation that, rightly or wrongly, was supported by none of the experts. The Crown may have a more substantial environmental claim than is before us but she didn't prove it. Thus, while I would not interfere with the Court of Appeal's disposition of the claim in respect of the harvestable timber, in my opinion, with respect, the Crown did not establish its claim for compensation for environmental damage. I would therefore allow Canfor's appeal in that respect. The Crown's cross-appeal should be dismissed.

I. Facts

15 Canfor is one of the largest forest companies in British Columbia. At all material times it held a Forest Licence from the Province under the *Forest Act*, permitting it to cut timber (the annual allowable cut) from year to year in the identified territory over a 20-year period in exchange for stumpage, i.e., a fee charged on each cubic metre of harvested timber, plus forest management services. The maximum allowable cut in each year was regulated by cutting permits, issued for terms not exceeding four years. The permit system gave licence holders such as Canfor a certain amount of flexibility in the pace, volume and location of its cutting operations. The fire spread to lands outside Canfor's licence area, including timber supply

allégué à cet égard. Autrement dit, les actes de procédure visaient un aspect commercial assez restreint et c'est sur cette base que la demande a été contestée.

La preuve est aussi singulièrement mince en ce qui a trait à la nature précise de la perte environnementale, mis à part le dommage aux arbres, et à l'évaluation de cette perte. La preuve apportée par les experts en estimation de la Couronne, le cabinet Deloitte & Touche, n'appuie en rien la nouvelle réclamation de la Couronne au titre de la perte environnementale.

Les arguments de la Couronne ne sauraient être considérés comme des éléments de preuve; nous ne pouvons pas non plus interpréter le dossier comme offrant une méthode d'évaluation qui, à tort ou à raison, n'a été préconisée par aucun des experts. La Couronne a peut être droit à une indemnité plus importante au titre de l'environnement que la revendication dont nous sommes saisis, mais elle n'en a pas fait la preuve. Ainsi, je ne modifierais pas les termes de l'arrêt de la Cour d'appel en ce qui concerne les arbres récoltables, mais j'estime en toute déférence que la Couronne n'a pas prouvé son droit d'être indemnisée du dommage environnemental. Je suis donc d'avis de faire droit au pourvoi de Canfor à cet égard. Je rejetterais le pourvoi incident de la Couronne.

I. Les faits

Canfor est l'une des plus importantes entreprises forestières de la Colombie-Britannique. Pendant toute la période pertinente, elle détenait un permis d'exploitation forestière octroyé par la province en application de la *Forest Act* l'autorisant à couper du bois (la possibilité annuelle de coupe) chaque année dans l'aire désignée pendant une période de vingt ans en échange de droits de coupe, c'est-à-dire de droits par mètre cube de bois récolté, en sus des services d'aménagement forestier. La possibilité maximale de coupe pour chaque année était régie au moyen de permis de coupe délivrés pour des périodes d'au plus quatre ans. Le régime des permis accordait aux titulaires comme Canfor une certaine latitude pour ce qui est du rythme, du volume et

licence lots and woodlots held by different operators under other types of tenure.

The litigants variously described the plaintiff in terms of the “Crown”, the “Province” and the “Attorney General”. In what follows, I generally refer to the Province as the interest holder and the Crown or Attorney General as its advocate.

The area affected by the fire had been harvested before on a number of occasions in the 1950s and 1960s. The timber in the area was not, by and large, old growth but it was big enough for the wood to be merely damaged (rather than consumed) by the fire.

The stumpage system in effect in British Columbia since 1987 has its roots, at least in part, in the softwood lumber dispute with the United States. According to the expert evidence, “the Americans were suggesting that the government of British Columbia was giving away its wood at inappropriately low rates”. Accordingly, the Province adopted a stumpage “target rate” for wood harvested in the British Columbia Interior, and adopted a Comparative Value Pricing (“CVP”) system to ensure that it was able to collect that target rate for each cubic metre of timber production. Forest productivity and costs of production vary from licence area to licence area within the B.C. Interior, and the Province’s regulatory rate system, including the CVP, was calculated to ensure both cost sensitivity to local conditions and achievement by the Province of revenue that it hoped would calm the roiling waters of the U.S. softwood lumber lobby. As Crown counsel put it to Canfor’s expert:

des aires de coupe. L’incendie s’est étendu à l’extérieur de l’aire visée par le permis de Canfor, touchant aussi des terres visées par des permis d’approvisionnement et des boisés de ferme détenus par divers exploitants conformément à d’autres types de tenure.

Les parties au litige ont utilisé diverses appellations pour désigner la demanderesse : la « Couronne », la « province » et le « procureur général ». Dans les pages qui suivent, la province désigne le titulaire de l’intérêt, et la Couronne ou le procureur général désignent le défenseur de la province.

La zone touchée par l’incendie avait fait l’objet de récoltes à plusieurs reprises dans les années 1950 et 1960. Le bois dans cette zone n’était pas formé, dans l’ensemble, de peuplement vieux, mais d’arbres assez grands pour être simplement endommagés (et non détruits) par le feu.

Le régime des droits de coupe en vigueur en Colombie-Britannique depuis 1987 a son origine, du moins en partie, dans le différend sur le bois d’œuvre résineux avec les États-Unis. D’après les témoignages des experts, [TRADUCTION] « les Américains disaient que les droits exigés par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour son bois étaient trop bas ». Par conséquent, la province a adopté un « taux cible » des droits de coupe pour le bois récolté dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, ainsi qu’un système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (« PVC ») qui faisait en sorte qu’elle pouvait percevoir le taux cible à l’égard de chaque mètre cube de bois produit. La productivité de l’exploitation forestière et les coûts de production varient d’une aire de permis à l’autre dans le secteur de l’intérieur de la C.-B., et le système de tarification réglementaire de la province, dont le PVC fait partie, a été conçu pour assurer à la fois l’élasticité du coût par rapport aux conditions locales et la perception par la province de recettes qui lui permettent de calmer les remous provoqués par le lobby américain du bois d’œuvre résineux. Comme l’avocat de la Couronne l’a dit à l’expert de Canfor :

16

17

18

In 1987 the Ministry of Forests introduced the comparative value pricing system as part of a program to remove the 15 percent export tax which is imposed by Canada on softwood lumber exports to the U.S. in response to the threat of a U.S. tariff. Under the CVP, the stumpage rate is still determined on appraisal basis. The rate is then subjected to a mathematical manipulation to insure that the stumpage budget in B.C. approximates the target rate set by the government.

[TRADUCTION] En 1987, le ministère des Forêts a introduit le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative dans le cadre d'un programme destiné à éliminer la taxe à l'exportation de 15 pour 100 qui est imposée par le Canada sur le bois d'œuvre résineux vendu aux É.-U. en réponse à la menace des É.-U. d'imposer des droits de douanes. Dans le cadre du système de PVC, le taux des droits de coupe est encore fixé au moyen d'une évaluation, et il est ensuite l'objet d'opérations mathématiques qui font en sorte que le budget des droits de coupe de la C.-B. se rapproche du taux cible établi par le gouvernement.

19 As found by the trial judge, the CVP system ensured "that responses by the Ministry of Forests to verifiable local high costs, or low timber values, would not affect Provincial revenues" (para. 121 (emphasis added)). Canfor's expert added, perhaps with a hint of cynicism, that "[t]hey adopted this system to boost government revenues, significantly boost government revenues. And they had a great excuse to do it, they could blame it on the Americans. That's my opinion."

Selon ce qu'a conclu le juge de première instance, le système de PVC faisait en sorte [TRADUCTION] « que les corrections apportées par le ministère des Forêts pour tenir compte des coûts plus élevés ou de la valeur moindre du bois constatés à certains endroits n'influent pas sur les recettes de la province » (par. 121 (je souligne)). L'expert de Canfor a ajouté ce qui suit, peut-être avec une pointe de cynisme : [TRADUCTION] « [i]ls ont adopté ce système pour augmenter les recettes du gouvernement, les augmenter sensiblement. Et ils avaient un prétexte tout trouvé pour le faire, ils pouvaient en rejeter le blâme sur les Américains. C'est ce que je crois. »

20 It is against this background that the Court must determine the amount of compensation that will, so far as money can, put the Province in the same position as it would have been in if the fire had not occurred.

C'est sur cette toile de fond que notre Cour doit déterminer le montant de l'indemnité qui, dans la mesure où l'argent permet de le faire, replacerait la province dans la situation où elle se trouverait n'eût été l'incendie.

A. *Calculation of Stumpage*

A. *Calcul des droits de coupe*

21 "Stumpage", as mentioned, is an amount of money charged by the Province on each cubic metre of harvested timber. At the date of the fire, it was payable at rates determined in accordance with the policies and procedures approved for the forest region by the Minister. The relevant policies are set out in the "Interior Appraisal Manual" which has the force of subordinate legislation made pursuant to s. 105 of the current *Forest Act* (formerly s. 84). Canfor argues that the Crown's compensable interest was the creature of, and was limited by, the regulatory scheme that was put in place by the Province itself in 1987. The Province is not, in that respect, an ordinary landowner. It was entitled to a revenue

Comme je l'ai indiqué, les « droits de coupe » représentent la somme demandée par la province à l'égard de chaque mètre cube de bois récolté. Au moment de l'incendie, les droits variaient selon les régions forestières en conformité avec les politiques et les méthodes approuvées par le ministre. Les politiques pertinentes sont énoncées dans le document intitulé « Interior Appraisal Manual » qui a force de législation subordonnée sous le régime de l'art. 105 de la *Forest Act* actuelle (auparavant l'art. 84). Canfor soutient que l'intérêt indemnifiable de la Couronne a été créé, avec les limites prévues, par la réglementation que la province a elle-même mise en place en 1987. À cet égard, la province n'est pas

stream and, says Canfor, there was no shortfall in that revenue stream attributable to the fire.

The regulatory scheme dealt separately with the Coastal Region and the Interior Region. The Crown established a target rate for each region which, when multiplied by anticipated timber production, yielded a target revenue.

Actual stumpage rates were adjusted from place to place, depending on local yields, to ensure that the Crown obtained no more and no less than the total harvest multiplied by the target rate. This produced stumpage at a higher rate in some places than others, depending on the comparative “value” of the wood harvested in a particular area in relation to the costs of production. Areas of poor yield were charged lower stumpage fees than more productive areas. For each cutting area, therefore, what was called a “value index” (“VI”) was established.

The next step was to pool the VI from all of the cutting areas in the B.C. Interior into a “mean value index” (“MVI”) to establish a benchmark. Local variation in net productivity above or below the benchmark determined the local stumpage rate.

Any operator with a higher VI would pay more than the base rate in stumpage whereas those with a VI lower than the MVI would pay less, with a view to achieving a constant and predictable revenue for the Province.

The stumpage system, including the CVP, was and is the only source of revenue for the Province under the *Forest Act* pursuant to which the Province was entitled to recover revenues. The Province could, of course, have devised a different system, and has since made a modification to exclude the effect of forest fires from the CVP calculation. However, as of the date of *this* fire in 1992, it had not done so.

un propriétaire foncier ordinaire. Elle a droit à un flux de recettes et, d’après Canfor, l’incendie ne lui a causé aucun manque à gagner.

La réglementation prévoyait des dispositions distinctes selon qu’elles s’appliquaient dans le secteur côtier ou dans le secteur de l’intérieur. La Couronne avait établi à l’égard de chaque secteur un taux cible des droits qui, lorsqu’il était multiplié par la production de bois prévue, lui permettait d’obtenir les recettes anticipées.

Les taux des droits de coupe étaient rajustés d’un endroit à l’autre en fonction du rendement à chaque endroit afin de garantir à la Couronne ni plus ni moins que la récolte totale multipliée par le taux cible. Il en résultait des droits de coupe à un taux plus élevé pour certains endroits, selon la « valeur » comparative du bois récolté dans une aire donnée par rapport aux coûts de production. Dans des aires à faible rendement, les droits de coupe réclamés étaient moindres que dans les aires plus productives. On établissait donc pour chaque parterre de coupe ce qu’on appelait un « indice de valeur » (« IV »).

L’IV de tous les parterres de coupe du secteur de l’intérieur de la C.-B. était ensuite fondu dans un « indice de valeur moyen » (« IVM ») pour former un point de référence. Les variations locales de productivité nette au-dessus ou en dessous du point de référence déterminaient le taux des droits de coupe à l’échelle locale.

Tout exploitant dont l’IV était plus élevé versait des droits de coupe plus élevés que le taux de base, alors que celui dont l’IV était moins élevé que l’IVM payait des droits moindres, de façon à rapporter à la province des recettes constantes et prévisibles.

Le système des droits de coupe, y compris le PVC, était et demeure la seule source de recettes de la province sous le régime de la *Forest Act* donnant ouverture à indemnisation. Bien entendu, la province aurait pu concevoir un système différent et elle a, depuis, apporté une modification qui exclut l’incidence des feux de forêt dans le calcul du PVC. Toutefois, à la date de *cet* incendie en 1992, elle ne l’avait pas encore fait.

22

23

24

25

26

B. *The Waterbed Effect*

27 These VI and MVI “values” were adjusted each fiscal quarter. Where, as in the case of the Stone Creek fire area, the “value” of the standing timber was reduced, thus lowering the VI of that area in relation to the MVI, and therefore giving rise to a reduced stumpage rate in the Stone Creek area, the regulatory system, through the CVP mechanism, adjusted the rates paid by other licensees in the following quarter to compensate. This was known as the “waterbed effect”. As the trial judge found, at para. 121,

[i]t has been dubbed “the waterbed effect” by the forest industry because any special stumpage reduction factors negotiated by a Forest Licensee, or a group of licensees, results in increased stumpage rates for the others. [Emphasis added.]

28 The “waterbed” effect built into the regulatory regime was a loss-spreading system that distributed local VI gains and VI losses amongst the forest licensees throughout the region in such a way that the Province did not, and could not, suffer a revenue loss as a result of a drop in productivity in any one area, such as Stone Creek.

29 All of these adjustments, including the impact on VI and MVI of the Stone Creek fire, were, as Canfor’s expert put it, “business as usual”. The regulator *intended* to maintain the Crown’s revenue at a level low enough to encourage activity in the forest industry but high enough to pacify trade disputes with U.S. producers who claimed to function at a serious cost disadvantage in relation to their Canadian competitors.

30 The Crown objected at trial that the increased revenue yield achieved elsewhere under the CVP stumpage “waterbed” was a “collateral” effect and should not be taken into account to reduce the Crown’s compensation, but this position was rejected by both the trial judge and by the Court of

B. *Effet stabilisateur*

Ces « valeurs », les IV et les IVM, étaient rajustées tous les trimestres. Lorsque, comme dans le cas de la zone incendiée de Stone Creek, la « valeur » du bois sur pied était diminuée, abaissant ainsi l’IV de cette zone par rapport à l’IVM et entraînant par conséquent une diminution du taux des droits de coupe dans la zone de Stone Creek, la réglementation, par le mécanisme de PVC, rajustait les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du trimestre suivant pour compenser. On appelait cela « l’effet stabilisateur ». Selon les conclusions du juge de première instance, au par. 121,

[TRADUCTION] [o]n l’a surnommé « l’effet stabilisateur » dans le secteur forestier parce que tous facteurs spéciaux de réduction des droits de coupe négociés par un titulaire de permis d’exploitation ou par un groupe de titulaires entraînent pour les autres titulaires une majoration des droits. [Je souligne.]

L’effet « stabilisateur » intégré à la réglementation était un mécanisme de répartition des pertes par lequel les baisses et les hausses de l’IV au niveau local étaient réparties entre les titulaires de permis de toute la région, de telle sorte que la province n’a pas subi, et ne pouvait pas subir, une perte de recettes en raison d’une baisse de productivité dans une zone donnée, comme celle de Stone Creek.

Tous ces rajustements, y compris l’effet de l’incendie de Stone Creek sur les IV et les IVM, étaient, pour reprendre la formule de l’expert de Canfor, [TRADUCTION] « le cours normal des choses ». L’autorité de réglementation *entendait* maintenir les recettes de la Couronne à un niveau suffisamment bas pour encourager l’activité du secteur forestier mais suffisamment élevé pour atténuer les différends commerciaux avec les producteurs américains qui prétendaient avoir à supporter des coûts qui les handicapaient sérieusement par rapport à leurs concurrents canadiens.

En première instance, la Couronne a répondu que l’accroissement des recettes obtenu ailleurs par « l’effet stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe était un effet [TRADUCTION] « accessoire » et ne devait pas être pris en compte pour diminuer l’indemnité de la Couronne. Cet

Appeal. In their view, and I agree, the Crown was unable to establish any compensable revenue shortfall.

C. Areas of Environmental Sensitivity

At the time of the fire, the Crown had established certain areas excluded from harvesting, where logging was prohibited. These included "steep, sensitive sites". It was recognized that conventional logging on steep hillsides would disturb the ground, leading to potential erosion. There were also limitations on cutting in areas of immature trees and wildlife areas designed to protect flora and fauna.

After the fire, but prior to trial, the Crown also established "riparian areas" in the forests where logging along rivers and creek banks was prohibited to protect watercourses, fish habitat, and other environmental values.

Canfor's expert took the view, valuing the loss as of the date of the fire in 1992, that riparian areas should be included in the valuation of the Crown's loss because they were available for logging at that time. For purposes of this case, therefore, such timber was treated as harvestable and therefore productive of revenue. However, Canfor's expert calculated that logging the steep, sensitive slopes in a way that was environmentally acceptable even in 1992 (i.e., by helicopter) would have been so uneconomic as to produce for the Crown, notionally, a *negative* stumpage rate. He therefore concluded that although logging the steep, sensitive slopes would have yielded a certain quantity of timber, it would not have financially advantaged the Crown. He calculated the Crown's revenue loss on both harvestable trees and non-harvestable or protected trees on steep, sensitive slopes at zero.

argument a cependant été rejeté tant par le juge de première instance que par la Cour d'appel. Selon ces tribunaux, et je souscris à leur opinion, la Couronne n'a pas été en mesure de prouver quelque manque à gagner ouvrant droit à indemnisation.

C. Zones écosensibles

Au moment de l'incendie, la Couronne avait soustrait à la récolte certaines zones où elle interdisait la coupe du bois. Ces zones englobaient des « terrains escarpés vulnérables ». On reconnaissait que l'exploitation forestière traditionnelle dans les aires en pente raide perturbait les sols, risquant de causer l'érosion. On avait aussi limité l'exploitation dans des aires peuplées d'arbres immatures et dans des zones sauvages où la flore et la faune étaient protégées.

Après l'incendie, mais avant le procès en première instance, la Couronne a aussi créé des « aires riveraines » où l'exploitation sur les rives des rivières et ruisseaux était interdite afin de protéger les cours d'eau, l'habitat du poisson et d'autres valeurs écologiques.

Évaluant la perte à la date de l'incendie en 1992, l'expert de Canfor a émis l'avis que les aires riveraines devaient être comprises dans l'appréciation de la perte subie par la Couronne parce qu'à l'époque, l'exploitation y était permise. Par conséquent, pour les besoins de la présente instance, les arbres de ces aires ont été considérés comme des arbres récoltables et, donc, générateurs de recettes. Toutefois, l'expert de Canfor a estimé que l'exploitation en terrain vulnérable escarpé selon des méthodes écologiquement acceptables même en 1992 (c.-à-d. par hélicoptère) aurait été si peu rentable qu'elle n'aurait donné à la Couronne, théoriquement, que des taux de droits de coupe *négatifs*. Il a donc conclu que, bien que l'exploitation en terrain escarpé vulnérable eût produit une certaine quantité de bois, la Couronne n'en aurait pas tiré d'avantage financier. Il a estimé à zéro la perte de recettes pour la Couronne en ce qui concerne tant les arbres récoltables que les arbres réservés ou protégés en terrain escarpé vulnérable.

31

32

33

34 In the present case, the Crown claimed that approximately 85 percent (235,567 cubic metres) of the timber salvaged from the burnt area consisted of harvestable trees and 15 percent (42,881 cubic metres) of non-harvestable or protected trees.

D. *Salvage Operations*

35 After the fire, the burned-over cutting areas were logged. The fire-damaged timber was sold at a reduced price. This produced immediate revenue for the Crown of \$1,528,857. The burned trees in some areas were left standing for environmental reasons, primarily to add stability to the soil.

E. *Rehabilitation Plan*

36 The Crown adopted a Rehabilitation Plan consisting largely of steps to prevent siltation of watercourses, construction of erosion bars, clearing of leaning trees and pushovers, and sowing of grass seed from helicopters to establish vegetation to reduce erosion and improve slope stability. Natural regrowth of the forest will, of course, take decades. The elements and cost of this plan were agreed to by the parties.

F. *Expert Valuation of Loss of Harvestable Trees*

37 The stumpage rate for the harvestable trees depended on the nature of the tenure: for Forest Licence timber (50 percent of total), it averaged \$14.68 per cubic metre; for Timber Supply Licence timber (6 percent of total), it averaged \$21.20; for Woodlot timber (44 percent of total), it averaged \$12.95. The weighted average for stumpage rates at the time of the fire in 1992 was therefore \$14.31 per cubic metre, as compared with the target stumpage rate for the B.C. Interior of \$8.55.

38 Canfor's expert, Mr. Gairns, prepared a present value calculation of the Crown's loss by measuring the future stumpage revenue stream with and without the fire, using information that would have been

En l'espèce, la Couronne a prétendu qu'environ 85 pour 100 (235 567 mètres cubes) du bois récupéré dans la zone ravagée provenait des arbres récoltables et 15 pour 100 (42 881 mètres cubes) des arbres réservés ou protégés.

D. *Opérations de récupération*

Après l'incendie, les arbres ont été coupés dans les parterres de coupe ravagés par le feu. Le bois endommagé par le feu a été vendu à prix réduit, rapportant immédiatement à la Couronne des recettes de 1 528 857 \$. Dans certaines zones, les arbres brûlés ont été laissés debout à des fins écologiques, principalement pour assurer la stabilité des sols.

E. *Plan de restauration*

La Couronne a adopté un plan de restauration comprenant principalement les mesures destinées à prévenir l'envasement des cours d'eau, la construction d'ouvrages antiérosion, la coupe rase des arbres inclinés et renversés, et l'ensemencement par hélicoptère d'herbes formant un tapis végétal propre à réduire l'érosion et à augmenter la stabilité des pentes. Le reboisement naturel prendra, bien entendu, des décennies. Les éléments et le coût de réalisation de ce plan ont été arrêtés de concert par les parties.

F. *Expertise concernant la perte des arbres récoltables*

Le taux des droits de coupe à l'égard des arbres récoltables dépendait de la nature de la tenure : pour le bois visé par un permis d'exploitation (50 pour 100 du total), il était en moyenne de 14,68 \$ le mètre cube; pour le bois visé par un permis d'approvisionnement (6 pour 100 du total), il était de 21,20 \$ en moyenne; pour les boisés de ferme (44 pour 100 du total), il était de 12,95 \$ en moyenne. La moyenne pondérée des taux des droits de coupe au moment de l'incendie en 1992 s'établissait donc à 14,31 \$ le mètre cube, en comparaison du taux cible de 8,55 \$ pour le secteur de l'intérieur de la C.-B.

L'expert de Canfor, M. Gairns, a effectué un calcul de la valeur actualisée de la perte subie par la Couronne. En se servant des données dont les parties auraient disposé à la date de l'incendie, il

available to the parties at the time of the fire, then applying the appropriate discount rate to reflect the benefit to the Crown of having the use of the money years ahead of the anticipated receipt. Specifically, he took the July 1, 1992 target rate and applied it to the volume of timber expected to be harvested in future in accordance with the probable cutting schedule anticipated before the fire, and deducted the present value of the stumpage revenue from the salvaged timber, to arrive at the Crown's net stumpage value loss or gain. He concluded that, because the Crown's receipt of revenue was accelerated dramatically by the fire, and the Crown would therefore have the use of over \$1.5 million over a period of many years that it would not otherwise have had, the paradoxical result of the fire under the Province's regulatory stumpage system was a financial gain to the Crown of \$100,291 (using a discount rate of 3.5 percent).

The Crown's expert, Mr. Reznik of Deloitte & Touche, accepted Mr. Gairns' approach of valuing the expected revenue streams from stumpage fees with and without the fire. However, he assumed that a more aggressive cutting schedule would have been permitted (thereby reducing the discount effect). Moreover, in order to project Crown revenue had the fire not occurred, he used an *average* of actual stumpage rates imposed over the seven years after 1992, less the revenue received from salvage stumpage. Stumpage rates rose in the years after 1992. Using actual post-1992 rates magnified the loss. He arrived at an estimated Crown loss of \$2,400,758 (using a 3.5 percent discount rate).

As stated, the trial judge accepted the evidence of Canfor's witness, Mr. Gairns, who acknowledged that "[i]nitially, it might appear unusual that the revenue received from the salvage logging more than made up for the loss of the timber for future

a calculé le flux des droits de coupe pour l'avenir avec l'incendie et sans l'incendie, puis il a appliqué le taux d'actualisation approprié pour tenir compte de l'avantage pour la Couronne d'avoir l'usage des sommes plusieurs années avant le recouvrement anticipé. Plus précisément, il a utilisé le taux cible du 1^{er} juillet 1992 et l'a appliqué au volume de bois qui aurait vraisemblablement été récolté ultérieurement conformément au calendrier probable de coupe prévu avant l'incendie et il a soustrait la valeur actualisée des droits de coupe du bois récupéré, pour obtenir la valeur de la perte ou du gain net de la Couronne au titre des droits de coupe. Il a conclu que, puisque l'incendie avait accéléré radicalement la perception des recettes par la Couronne, et que celle-ci avait pu disposer pendant une période de plusieurs années d'une somme de plus de 1,5 million de dollars qu'elle n'aurait pas eue sans l'incendie, cet incendie avait eu pour elle, par l'application du système réglementaire de droits de coupe de la province, l'effet paradoxal de lui procurer un gain financier de 100 291 \$ (compte tenu d'un taux d'actualisation de 3,5 pour 100).

L'expert de la Couronne, M. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, a accepté la méthode suivie par M. Gairns pour évaluer le flux anticipé des droits de coupe avec l'incendie et sans l'incendie. Toutefois, il a supposé qu'un calendrier de coupe plus dynamique aurait été possible (réduisant ainsi l'incidence de l'actualisation). De plus, afin d'extrapoler les recettes de la Couronne s'il n'y avait pas eu l'incendie, il a utilisé une *moyenne* des taux des droits de coupe effectifs imposés pendant les sept années postérieures à 1992, moins les recettes provenant des droits de coupe du bois récupéré. Les taux des droits de coupe ont augmenté pendant les années postérieures à 1992. L'utilisation des taux en vigueur après 1992 a eu pour effet de grossir la perte. Il a établi la perte estimative de la Couronne à 2 400 758 \$ (compte tenu d'un taux d'actualisation de 3,5 pour 100).

Comme je l'ai indiqué, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'expert de Canfor, M. Gairns, qui a reconnu que [TRADUCTION] « [d]e prime abord, il peut sembler insolite que les recettes produites par le bois récupéré compensent et

harvests.” However, Mr. Gairns put forward several reasons for this:

- (1) Although a large volume of timber in the Stone Creek area was damaged, the damage wasn’t so severe as to make the timber significantly less valuable than green (i.e., pre-fire) timber.
- (2) The stumpage rates for the salvaged timber were still generally higher than the Interior Target Rate set for the relevant 1992 period.
- (3) The differences in stumpage rates calculated for pre-fire timber versus post-fire timber were relatively small.
- (4) Small business timber supply licensees, who generally paid higher stumpage rates than major operators such as Canfor, logged a greater proportion of the salvage timber in the Stone Creek fire area than they would have taken of “green” timber if the fire had not occurred.
- (5) Without the fire, the Crown would not have received stumpage revenue in the area for many years, as it was not scheduled for further logging until an initial harvest of some blocks in 2001 and further “passes” in 2016 and 2031. Some timber in one of the larger woodlots would not have been harvested for 66 years. The accelerated receipt by the Crown of stumpage up to 66 years in advance was a significant financial advantage and this was an important factor in the finding that the Crown suffered no loss.

Q [W]hy didn’t you just consider a methodology for quantifying the Crown’s loss by just multiplying the [salvaged] timber involved in the Stone Fire area times the applicable rate of stumpage at the time of the loss?

même dépassent la perte des arbres récoltables dans le futur. » Toutefois, M. Gairns a suggéré plusieurs éléments pour expliquer ce résultat :

- (1) Bien qu’un volume considérable de bois ait été endommagé dans la zone de Stone Creek, le dommage n’était pas grave au point de diminuer de manière significative la valeur de ce bois par rapport au bois vert (c.-à-d. non endommagé par le feu).
- (2) Les taux des droits de coupe pour le bois récupéré excédaient encore généralement le taux cible du secteur de l’intérieur fixé à l’égard de la période pertinente de 1992.
- (3) Il y avait relativement peu d’écart entre les taux des droits de coupe calculés à l’égard du bois avant l’incendie et après celui-ci.
- (4) Les petites entreprises titulaires de permis d’approvisionnement, qui versaient généralement des droits de coupe plus élevés que ceux des grands exploitants tels que Canfor, ont récolté une plus grande proportion du bois récupéré de la zone ravagée de Stone Creek que la proportion du bois « vert » qu’elles auraient récolté n’eût été l’incendie.
- (5) Sans l’incendie, la Couronne n’aurait pas perçu de droits de coupe à l’égard de cette zone pendant bien des années, car la première récolte n’était prévue au calendrier de coupe initiale qu’en 2001 et les récoltes suivantes en 2016 et 2031. Le bois dans un des plus grands boisés de ferme n’aurait pas été récolté pendant 66 ans. La perception anticipée des droits de coupe par la Couronne jusqu’à 66 ans à l’avance constituait un avantage financier appréciable et cela a été un facteur important dans la conclusion que la Couronne n’avait pas subi de perte.

[TRADUCTION]

Q [P]ourquoi n’avez-vous pas simplement utilisé, pour quantifier la perte de la Couronne, la méthode consistant à multiplier le volume de bois [récupéré] touché par le feu de Stone [Creek] par le taux applicable des droits de coupe au moment de la perte?

A Because it could not have been harvested on that kind of a schedule.

- (6) Mr. Gairns did not adjust the stumpage rates on a forward averaging basis, as did Deloitte & Touche, because in his view, such rate increases were due to a lot of factors that could not have been anticipated in 1992. Moreover, in his view, it was wrong to isolate only one “future” factor, i.e., stumpage rates, out of complex developments that included major changes in the regulatory system in 1996. The trial judge agreed, at para. 124, holding that:

Among other shortcomings, the Deloitte & Touche assessment utilizes changes in stumpage rates over the past seven years, but does not take into consideration other changes in the forest industry over that period. The report is not persuasive.

- (7) The Stone Creek fire displaced logging activities somewhat within the Prince George area but did not affect the overall magnitude of the logging effort or, consequently, Crown revenue. Mr. Gairns testified:

... in the Prince George timber supply area ... there's something like 60 years supply of mature timber at the current levels of harvest. So a fire just changes the age class in the [burned over] portion of the timber supply area. It [the fire] doesn't really affect the ability to harvest the annual allowable cut. It moves it around but it doesn't affect the level of harvest.

- (8) Most of the timber that could not be salvaged would not have been harvested had the fire not occurred; and,
- (9) The CVP stumpage calculation was designed to take into account all local variations, including fires (whether started by natural causes or negligently). “The system was set up so that if somebody had to log low-grade timber, the

R Parce que ce bois n'aurait pu être récolté selon un calendrier de ce genre.

- (6) M. Gairns n'a pas rajusté les droits de coupe par étalement sur les années suivantes, comme l'a fait Deloitte & Touche, parce qu'à son avis, de telles majorations des droits reposaient sur bon nombre de facteurs qui ne pouvaient être anticipés en 1992. De plus, d'après lui, on aurait tort d'isoler un seul facteur « futur », soit les droits de coupe, parmi un ensemble complexe de faits nouveaux, dont des modifications importantes apportées à la réglementation en 1996. Le juge de première instance a accepté ce raisonnement, concluant en ces termes au par. 124 :

[TRADUCTION] Entre autres lacunes, l'évaluation de Deloitte & Touche utilise les changements apportés aux taux des droits de coupe au cours des sept dernières années, mais ne prend pas en considération d'autres changements survenus dans le secteur forestier pendant cette période. Le rapport n'est pas convaincant.

- (7) L'incendie de Stone Creek a déplacé quelque peu les activités d'exploitation forestière dans la région de Prince George, mais il n'a pas modifié l'ordre de grandeur de l'activité d'exploitation ni, par conséquent, les recettes de la Couronne. M. Gairns a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] ... dans la région d'approvisionnement en bois de Prince George, [...] il y a suffisamment de bois mature pour assurer l'exploitation forestière pendant environ 60 ans, aux niveaux actuels de récolte. Un feu ne fait que modifier la catégorie d'âge dans la partie [ravagée] de la région d'approvisionnement en bois. Il [le feu] ne restreint pas vraiment la possibilité annuelle de coupe. Celle-ci est réaménagée sans que le niveau de récolte soit touché.

- (8) La majeure partie du bois qui n'a pas pu être récupéré n'aurait pas été récolté s'il n'y avait pas eu l'incendie.
- (9) Le calcul des droits de coupe en fonction du PVC a été conçu pour tenir compte de toutes les variables locales, y compris les incendies (d'origine naturelle ou causés par la négligence). [TRADUCTION] « Le système a été ainsi

Crown's revenue would not change. That's what it was for and that's what it did."

Mr. Gairns therefore concluded, and the trial judge agreed, that the Crown had suffered no financial loss with respect to harvestable trees. The Court of Appeal agreed.

G. *Expert Valuation of the Loss of Non-Harvestable Trees*

41 Deloitte & Touche valued the loss of non-harvestable (or protected) trees on the basis of stumpage value, or alternatively, the auction value (i.e., as if the entire block of green forest had been put up for auction on the date of the fire). The Crown added a premium equivalent to about 20 percent over auction value on the basis that the Province must have valued non-harvestable trees more highly as part of a protected ecosystem than as harvestable timber, otherwise it would not have protected them. The 20 percent was acknowledged to be a somewhat arbitrary figure.

42 Canfor's expert concluded that the Crown had suffered no financial loss on the "protected" or non-harvestable trees either. As stated, he *included* the environmentally sensitive riparian areas in his revenue calculations because they had not been excluded from harvesting as of 1992. They therefore formed part of his general "no loss in revenue" calculation.

43 On the other hand, the "sensitive slope areas", in his opinion, would have been so expensive to log as to produce a negative return both for the operator and for the Crown, as stated.

44 On the more general question of environmental loss, however, Mr. Gairns had this to say in cross-examination:

If there is a value, it's the kind of value you measure in visitor days and fish caught and a lot of other things, but not in terms of stumpage revenue. There may be a way to value that, and I think there are experts in other fields

conçu de façon à ce que la coupe du bois de qualité inférieure ne modifie pas les recettes de la Couronne. C'est ce que l'on visait et c'est ce que l'on a obtenu. »

M. Gairns en a donc conclu, conclusion à laquelle a souscrit le juge de première instance, que la Couronne n'avait pas subi de perte financière en ce qui a trait aux arbres récoltables. La Cour d'appel a accepté cette décision.

G. *Expertise concernant la perte des arbres réservés*

Deloitte & Touche a évalué la perte des arbres réservés (ou protégés) en fonction de la valeur des droits de coupe ou, subsidiairement, de la valeur aux enchères (c.-à-d. comme si tout le peuplement d'arbres verts avait été mis aux enchères à la date de l'incendie). La Couronne a majoré de 20 pour 100 la valeur aux enchères au motif que la province accordait sans doute une plus grande valeur aux arbres réservés, en tant que composante d'un écosystème protégé, qu'au bois récoltable, sinon elle ne les aurait pas protégés. La Couronne a reconnu que 20 pour 100 représentait un chiffre un peu arbitraire.

L'expert de Canfor a conclu que la Couronne n'avait subi aucune perte financière en ce qui concerne aussi les arbres réservés ou « protégés ». Comme je l'ai indiqué, il *a inclus* les aires riveraines écosensibles dans le calcul des recettes, parce qu'elles n'étaient pas soustraites à la récolte en 1992. Il en a donc tenu compte dans son analyse générale, concluant à l'absence de perte de recettes.

Par ailleurs, selon lui, les coûts élevés d'exploitation en « terrain escarpé vulnérable » auraient produit un rendement négatif tant pour l'exploitant que pour la Couronne, comme je l'ai indiqué.

Sur la question plus générale de la perte environnementale, toutefois, M. Gairns a affirmé ceci au cours de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION] Si l'on peut parler de valeur, c'est le genre de valeur qui se mesure en nombre de jours-visiteurs, de poissons pris et en bien d'autres choses, mais non en droits de coupe. Il y a peut-être un moyen

of forest economics that could do that. I know of one that does wildlife and tourism types of economic evaluations and maybe there's something could be done there. I don't think it's a high tourist-use area, but I know that it has a value as a watershed. If there's degradation to the water supply, that could be valued. I didn't try to do that because I don't think that that's a loss of revenue to the Crown.

de l'évaluer, et je pense que des experts d'autres branches de l'économie forestière pourraient le faire. J'en connais un qui fait des évaluations économiques ayant trait aux espèces sauvages et au tourisme et peut-être qu'il y aurait moyen de regarder de ce côté. Je ne crois pas que la région soit un haut lieu touristique, mais je sais qu'elle a une valeur en tant que bassin hydrographique. En cas d'atteinte à l'approvisionnement en eau, ce serait un élément à apprécier. Je n'ai pas essayé de le faire parce que je ne pense pas que cela représente une perte de recettes pour la Couronne.

It doesn't look that nice because we've got skeletons of trees instead of green ones. I don't know and I don't believe Mr. Reznik [of Deloitte & Touche] knew of any good way to put a value on that degraded view. And so he said in lieu of not having anything, we'll just say it could have been logged and we'll use the stumpage rate. I think that's completely inappropriate.

Le paysage n'est pas joli parce qu'on voit des squelettes d'arbres au lieu d'arbres verts. Je ne connais pas — et je ne crois pas que M. Reznik [du cabinet Deloitte & Touche] connaissait — une bonne façon d'évaluer cette dégradation du paysage. Alors, il s'est dit, au lieu de n'avoir aucun élément d'appréciation, supposons que l'on aurait pu y couper du bois et nous allons utiliser les droits de coupe. Je pense que ce n'est pas du tout approprié.

The Crown called no expert evidence on the evaluation of environmental damage other than that of Deloitte & Touche.

Relativement à l'évaluation du dommage environnemental, la Couronne n'a pas fait témoigner d'autre expert que celui de Deloitte & Touche.

II. Issues

1. The Crown seeks compensation both as landowner and in a representative capacity for environmental losses suffered by the public generally. Canfor says the Crown sued only as landowner in private law and it should not be allowed to float a "public interest claim" at this late stage of the litigation.
2. The Crown says that the harvestable areas were a capital asset whose value was greatly diminished by the fire and thus claims the difference between the "auction value" of the timber in the burnt area before and after the fire. Canfor says that auction value is irrelevant. Under the *Forest Act* and its regulatory scheme, the Province had tied up the relevant forest areas in long-term licences. The regulatory scheme did not permit "auction" of the harvestable timber. The Province's sole relevant entitlement was to

II. Les questions en litige

1. La Couronne demande d'être indemnisée tant en sa qualité de propriétaire foncier qu'en sa qualité de représentante pour les pertes environnementales subies par le public. Canfor affirme que la Couronne n'a intenté une action qu'à titre de propriétaire foncier en droit privé et qu'il ne convient pas de lui permettre de lancer une « revendication fondée sur l'intérêt public » à cette étape tardive de l'instance.
2. La Couronne affirme que les zones exploitables constituaient des immobilisations qui ont perdu beaucoup de valeur à cause du feu et elle réclame ainsi la différence entre la « valeur aux enchères » du bois du secteur ravagé avant l'incendie et après l'incendie. Canfor dit que la valeur aux enchères n'est pas pertinente. Conformément à la *Forest Act* et à sa réglementation, la province avait accordé des permis à long terme à l'égard des aires forestières en question. La réglementation ne permettait pas

45

46

receive the revenue stream provided for under a regulatory system that included the CVP “waterbed”.

3. The Crown says the operation of the CVP system provides an irrelevant “collateral source of income” that ought not to have been taken into account to reduce the compensation payable by Canfor. Canfor says the CVP “waterbed effect” allowed the Province to achieve its target stumpage rate despite the fire. The Province was never entitled to anything more or less than the harvested timber multiplied by the target rate under the regulatory scheme. The Province therefore suffered no loss in relation to harvestable timber.
4. As to the non-harvestable trees, the Crown says it is entitled to the commercial value of the trees plus a premium for their environmental value. Canfor says even if the protected trees are taken into account, the Province proved no financial loss.
5. Canfor further says that Canadian common law does not provide for “environmental damages” as claimed by the Crown in this case, and that any change in the law governing environmental losses should be made by the legislators, if they think it wise to do so, not the courts.

III. Judicial History

- A. *British Columbia Supreme Court*, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL)

47

The trial judge concluded that compensation for lost stumpage revenue would restore the Province to its original position. As the experts had agreed on the “stumpage” approach to valuation, he rejected the Crown’s claim to the “auction value” of the harvestable trees as a proper measure of damages. He accepted Canfor’s argument that the fire had in effect accelerated the Province’s receipt of revenue that would otherwise have been spread over a

la « vente aux enchères » du bois récoltable. Le seul droit pertinent que la province pouvait exercer était celui de percevoir le flux des recettes prévu par une réglementation qui comportait « l’effet stabilisateur » du système de PVC.

3. La Couronne affirme que l’application du système de PVC fournit une « source de revenu accessoire » non pertinente qu’il n’y avait pas lieu de prendre en considération pour limiter l’indemnité payable par Canfor. Cette dernière affirme que « l’effet stabilisateur » du PVC a permis à la province d’atteindre son taux cible des droits de coupe en dépit du feu. La province n’a jamais eu droit à quoi que ce soit de plus ou de moins qu’au produit obtenu en multipliant le volume de bois récolté par le taux cible réglementaire. La province n’a donc subi aucune perte en ce qui concerne le bois récoltable.
4. Quant aux arbres réservés, la Couronne dit avoir droit à la valeur marchande des arbres et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale. Canfor affirme que même si les arbres protégés sont pris en compte, la province n’a prouvé aucune perte financière.
5. Canfor ajoute que la notion de « dommage environnemental » invoquée par la Couronne en l’espèce n’est pas reconnue en common law canadienne et qu’il appartient au législateur, s’il estime sage de le faire, et non aux tribunaux, de modifier le droit applicable en matière de pertes environnementales.

III. Historique des procédures judiciaires

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL)

Le juge de première instance a conclu que le paiement d’une indemnité pour la perte des droits de coupe replacerait la province dans la situation où elle se trouvait avant l’incendie. Puisque les experts avaient convenu d’une méthode d’évaluation fondée sur les « droits de coupe », il a rejeté la prétention de la Couronne selon laquelle les dommages devaient être évalués en fonction de la « valeur aux enchères » des arbres récoltables. Il a accepté l’argument

number of years, and to that extent the fire actually conferred a small benefit in purely financial terms.

Pursuing the “revenue stream” approach, the trial judge held that Canfor was entitled to have the increased revenue obtained by the Province from other licensees under the CVP system taken into account to neutralize the Stone Creek loss. In his view, the CVP system was not collateral to Canfor’s negligence, and it was therefore relevant to the calculation of damages. There was no revenue loss. The application of the CVP plus other adjustments left the Province in no worse financial position than it would have enjoyed had the fire not occurred.

With respect to the non-harvestable trees, the trial judge stated, at para. 130:

There is no doubt that the trees in these areas had value. It was more than an aesthetic or amenity value. It was a pecuniary, utilitarian value. Mr. Gairns [Canfor’s expert] said that, “Stone Creek provides both fish habitat and water supply to local residents.” The retention of the trees in those areas was simply the application of ecological and environmental sanity. [Footnote omitted.]

In the trial judge’s view, the Province had lost something of value, but he considered the proper measure of damages to be restoration cost, namely, “the cost to replant and husband the area to ensure that it would regain its former self” (para. 133). He did not factor into his calculation the number of years required for the forest to regenerate to its 1992 dimensions. The costs of reseedling by helicopter and other restoration work had been agreed to. Consequently, no damages were awarded in respect of the non-harvestable ESA trees either.

Essentially, therefore, apart from the costs of the reseedling and other elements of the Forest

de Canfor selon lequel le feu avait en fait accéléré la perception par la province de recettes qui, sans cela, auraient été étalées sur de nombreuses années et que, de ce point de vue, le feu lui avait apporté un léger avantage d’ordre purement financier.

Applicant la méthode du « flux des recettes », le juge de première instance a décidé que Canfor avait droit à ce que les recettes supplémentaires obtenues par la province des autres titulaires de permis en application du système de PVC soient prises en compte pour compenser la perte de Stone Creek. À son avis, le système de PVC n’était pas accessoire par rapport à la négligence de Canfor et était donc pertinent pour le calcul des dommages-intérêts. Il n’y avait eu aucune perte de recettes. Par l’application du PVC, combinée à d’autres rajustements, la province se trouvait dans une situation financière aussi avantageuse que si l’incendie n’avait pas eu lieu.

En ce qui concerne les arbres réservés, le juge de première instance a affirmé ce qui suit, au par. 130 :

[TRADUCTION] Il est indubitable que les arbres de cette zone avaient une valeur. Leur valeur allait au-delà de l’esthétique ou de l’agrément. Il s’agissait d’une valeur pécuniaire, utilitaire. M. Gairns [l’expert de Canfor] a dit que, « Stone Creek constitue à la fois un habitat du poisson et une source d’approvisionnement en eau pour les habitants. » La préservation des arbres dans cette zone procédait simplement de l’application du bon sens sur les plans écologique et environnemental. [Renvoi omis.]

D’après le juge, la province avait perdu quelque chose de valeur, mais il a estimé que le coût de restauration, à savoir [TRADUCTION] « le coût de la replantation et des travaux requis pour remettre l’aire dans son état original » (par. 133), compensait les dommages dans une juste mesure. Dans son calcul, il n’a pas pris en compte le nombre d’années nécessaires pour redonner à la forêt ses dimensions de 1992. Les coûts de réensemencement par hélicoptère et d’autres travaux de restauration avaient fait l’objet d’un accord. En conséquence, il n’a pas été accordé de dommages-intérêts à l’égard des arbres réservés des ZES.

Essentiellement, donc, mis à part les coûts de réensemencement et ceux d’autres éléments du plan

48

49

50

51

Rehabilitation Plan already agreed to by Canfor, the Crown's claim for compensation was dismissed.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217

52

The reasons of the Court of Appeal were given by Hall J.A., with separate concurring reasons on the CVP issue given by Smith J.A. (Huddart J.A. concurring).

1. Reasons of Hall J.A.

53

Hall J.A. held that the trial judge was correct to award no damages for loss of stumpage revenue on the harvestable trees. It was appropriate to take into account the "waterbed" effect of the CVP stumpage system. CVP revenue was not "*res inter alios acta*" (para. 56). On the contrary, there was a direct relationship between the stumpage revenue lost due to the fire and the additional revenue obtained from other forest operators via the CVP stumpage system. The CVP system had been put in place by the Province to "ensure that despite whatever vicissitudes might occur in any year in timber harvesting operations, provincial revenue would remain essentially unaffected" (para. 61). Account had therefore to be taken of the levelling effect of the CVP system. At the end of the day, the Province was not out of pocket on the stumpage fees.

54

Hall J.A. then turned to damages for the non-harvestable trees. They were an asset, in his view, maintained in order to preserve the environment. However, since the trees were not intended to enter the marketplace, Hall J.A. felt it was "out of accord with commercial reality" (para. 65) to assess the value of the asset by reference to the market value of the trees. He thus rejected the Crown's attempt to value the non-harvestable trees by reference to their potential stumpage revenue as inappropriate.

55

Hall J.A. then considered how to value an asset that was deliberately withheld from the marketplace.

de restauration de la forêt déjà acceptés par Canfor, la demande d'indemnisation de la Couronne a été rejetée.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217

Les motifs de la Cour d'appel ont été exposés par le juge Hall, le juge Smith rédigeant des motifs distincts concourants sur la question du PVC (avec l'appui de la juge Huddart).

1. Motifs du juge Hall

Le juge Hall s'est dit d'avis que le juge de première instance avait eu raison de ne pas accorder de dommages-intérêts pour la perte des droits de coupe relatifs aux arbres récoltables. Il convenait de prendre en compte l'effet « stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe. Les recettes obtenues par application du PVC n'étaient pas « *res inter alios acta* » (par. 56). En fait, il y avait un lien direct entre les droits de coupe perdus à cause du feu et les recettes additionnelles obtenues des autres exploitants par application du système de PVC des droits de coupe. Le système de PVC avait été mis en place par la province afin de [TRADUCTION] « veiller à ce que, sans égard aux aléas de l'activité forestière au cours d'une année donnée, les recettes de la province restent essentiellement intactes » (par. 61). Il fallait donc tenir compte de l'effet stabilisateur du système de PVC. Au bout du compte, la province ne subissait aucune perte de droits de coupe.

Le juge Hall a ensuite analysé la question de l'indemnité pour les arbres réservés. À son avis, ils constituaient un actif conservé pour préserver l'environnement. Toutefois, comme ces arbres n'étaient pas censés être commercialisés, le juge Hall a estimé qu'il était [TRADUCTION] « contraire à la réalité commerciale » (par. 65) d'apprécier la valeur de cet élément d'actif en fonction de sa valeur marchande. Il a donc refusé que la Couronne évalue les arbres réservés en fonction des droits de coupe pouvant s'y rattacher, jugeant cette démarche inopportune.

Puis, le juge Hall a examiné la façon d'évaluer un actif que l'on a choisi à dessein de ne pas

In his view, there was a real loss however difficult it was to quantify. Having regard to *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283, and *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267, he held, at para. 74, that the difficulty of estimating damages accurately should not relieve the wrongdoer of the need to pay damages, that the judge/jury must “do ‘the best it can’ and its conclusions will not be set aside even if ‘the amount of the verdict is a matter of guess-work’” (emphasis deleted). The Province had suffered a real loss. The trial judge had identified “ecological damage” which was tangible and real, not merely an amenity value. There was destruction of valuable tree habitat. Fish habitat and water supply to local residents had been harmed. While it was not easy to set a value on the damage, and though the assessment might lie “near the outer parameters of the possibility of estimation”, he ordered compensation equivalent to one third of the commercial value of the non-harvestable trees.

2. Concurring Reasons of Smith J.A. (Huddart J.A. Concurring)

Smith J.A. also rejected the Crown’s claims for loss of stumpage revenue but did so on the basis of the rule against double recovery: *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940. Since the effect of the CVP stumpage system was to prevent any overall loss to the Crown from the fire, and the Crown had already recovered its revenue at the “target rate”, any recovery by the Crown in this litigation would amount to compensation for a loss the Crown had not suffered. The financial effect of the fire was revenue-neutral. The Crown had not suffered a compensable loss.

IV. Analysis

It is now accepted that Canfor was principally responsible for a fire that, with sensible precautions, could have been avoided. The result has been serious *physical* damage to 1,491 hectares

commercialiser. Selon lui, il y avait une perte véritable, peu importe qu’il soit difficile de la quantifier. Eu égard aux arrêts *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283, et *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267, il a décidé au par. 74 que la difficulté inhérente à l’évaluation précise des dommages ne décharge pas l’auteur du préjudice de l’obligation de payer des dommages-intérêts, que le juge ou le jury doit [TRADUCTION] « “agir au mieux” et sa conclusion ne sera pas infirmée même si “le montant accordé n’est en fait que le fruit de conjectures” » (italiques supprimés). La province avait subi une perte véritable. Le juge de première instance avait identifié un [TRADUCTION] « préjudice écologique » qui était tangible et réel, et non pas simplement une perte d’agrément. Il y avait eu destruction d’un habitat forestier. Il y avait eu atteinte à l’habitat du poisson et à l’approvisionnement en eau des habitants de la région. Bien qu’il ne fut pas facile d’évaluer les dommages, et qu’il faille pour cette évaluation approcher [TRADUCTION] « la limite des possibilités d’estimation », le juge a accordé une indemnité équivalant au tiers de la valeur marchande des arbres réservés.

2. Motifs concourants du juge Smith (avec l’appui de la juge Huddart)

Le juge Smith a lui aussi rejeté la demande d’indemnité de la Couronne pour la perte de droits de coupe, mais il s’est fondé sur la règle interdisant la double indemnisation : *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940. Puisque le système de PVC des droits de coupe avait eu pour effet d’empêcher au bout du compte toute perte pour la Couronne attribuable au feu et que celle-ci avait déjà recouvré ses recettes selon le « taux cible », permettre à la Couronne dans le présent litige de recouvrer quelque somme que ce soit équivaldrait à l’indemniser pour une perte qu’elle n’a pas subie. L’incendie n’a eu aucune incidence financière sur les recettes. La Couronne n’a pas subi de perte ouvrant droit à indemnisation.

IV. Analyse

Il est désormais reconnu que Canfor a été le principal responsable d’un incendie qui aurait pu être évité si des précautions raisonnables avaient été prises. L’incendie a causé de graves dommages

of formerly green forests. One could reasonably anticipate that the environmental impact, apart from “diminution of the value of the timber”, was also significant. Erosion problems have likely been aggravated. Fish habitat likely threatened. Water supply to the local community to some extent degraded. Forest vistas replaced with the skeletons of blackened trees.

58 Yet, apart from stumpage, the Crown’s claim was limited to “diminution of the value of the timber”. On that point Canfor says that, as a matter of law, the Crown has failed to establish any *financial* loss in excess of the costs of sowing grass seed and other tasks under a forestry rehabilitation plan which will require decades to restore the forests to their pre-fire maturity.

59 This appeal is thus not about proof of physical damages, but about the proof and assessment of *compensable* loss. One does not have to agree with Mr. Gairns’ characterization of environmental loss valuations as “pretty airy-fairy” to accept, nevertheless, that in assessing compensatory damages for environmental loss, the Court ought not to be engaged merely in punishment of the wrongdoer (which is the domain of regulatory offences) or imputing losses based on little more than a generalized desire to mete out rough justice to a tortfeasor. Quantification of the loss must be “fair to both the plaintiff and the defendant . . . fairness is best achieved by avoiding both undercompensation and overcompensation”: *Ratych, supra*, at p. 963.

60 It is one thing for the Court to say that the difficulty of estimating damages accurately should not relieve the wrongdoer of the need to compensate for a loss. It is another to dispense with proof of loss in the first place (recognizing, however, the realistic limits of proof inherent in the subject

à des *biens*, à savoir 1 491 hectares de forêt peuplée d’arbres verts. Outre la « diminution de la valeur du bois », il était raisonnable de s’attendre à des conséquences environnementales d’importance. Les problèmes d’érosion ont probablement été aggravés. L’habitat du poisson a probablement été menacé. L’approvisionnement en eau de la collectivité s’est jusqu’à un certain point détérioré. Là où l’on pouvait admirer des forêts verdoyantes, on ne voit plus que des squelettes d’arbres noircis.

Et pourtant, hormis les droits de coupe, la demande d’indemnité de la Couronne se limitait à la « diminution de la valeur du bois ». Sur ce point, Canfor affirme que, en droit, la Couronne n’a pas prouvé de perte *financière* outre le coût de l’ensemencement d’herbe et d’autres activités prévues à un plan de restauration forestière qui prendra des décennies pour rendre à la forêt la maturité qu’elle avait avant l’incendie.

Le présent pourvoi ne concerne donc pas la preuve de dommages à des biens, mais la preuve et l’évaluation de la perte *indemnisable*. Point n’est besoin de souscrire à l’opinion de M. Gairns selon laquelle l’évaluation des pertes environnementales est [TRADUCTION] « assez chimérique » pour admettre qu’en évaluant les dommages-intérêts compensatoires pour la perte environnementale, la Cour ne doit pas s’attacher uniquement à punir l’auteur de la faute (ce qui est l’objet des infractions réglementaires) ni à calculer des pertes en se fondant tout au plus sur l’intention de pratiquer une justice sommaire à l’endroit de l’auteur de la faute. L’évaluation de la perte doit être « équitable tant pour le demandeur que pour le défendeur [. . .] [l]a meilleure façon de réaliser cette équité c’est d’éviter à la fois les indemnités trop modestes et les indemnités trop élevées » : *Ratych*, précité, p. 963.

Pour la Cour, dire que la difficulté que pose l’évaluation précise des dommages ne peut décharger l’auteur de la faute de l’obligation de compenser la perte est une chose. C’en est une autre d’écarter d’abord l’obligation de faire la preuve d’une perte (tout en reconnaissant, cependant, que

matter). I agree in principle entirely with Crown counsel's plea at trial that

environmentally sensitive areas serv[e] many purposes, including prevention of slope erosion where it's located in steep areas, prevention of stream siltification from slope erosions, providing shade to streams, to support wildlife and food from the tree branches, habitat for wildlife and various other purposes[.]

However, Canfor says the Crown has framed this case as an ordinary commercial law suit and Canfor is entitled to have it pleaded and proved in the ordinary way.

It therefore becomes necessary to analyse the overall structure of the Crown's financial claim piece by piece.

A. *Is the Crown Limited to Suing in its Capacity as an Ordinary Landowner?*

The Crown sued and recovered compensation in the courts of British Columbia in its capacity as landowner of the Crown forests.

Can the Crown also sue as a representative of the public to enforce the public interest in an unspoiled environment? If the Crown cannot do so, who (if anyone) can? Reference was made to *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), where the court held that a municipal corporation cannot recover for the loss of "amenities" on behalf of its inhabitants arising from the destruction of trees.

In this Court, the Crown suggested that it was entitled to collect damages in negligence, "to effectively deter environmental harm and compensate the public for environmental damage". Canfor took the position that any such claim amounted to a "public law" remedy available only under special legislation such as the United States' *Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980*, 42 U.S.C. §§ 9601-9675

la preuve inhérente à l'objet du litige peut avoir des limites réalistes). Je suis tout à fait d'accord en principe avec les observations suivantes de l'avocat de la Couronne en première instance :

[TRADUCTION] . . . les zones écosensibles rempli[ssent] diverses fonctions, notamment prévenir l'érosion en terrain escarpé, prévenir l'envasement des cours d'eau dû à l'érosion, donner de l'ombre aux cours d'eau, aider les espèces sauvages, leur procurer les aliments que fournissent les branches, constituer l'habitat des espèces sauvages et diverses autres fonctions[.]

Cependant, Canfor affirme que la Couronne a introduit l'instance comme une action ordinaire en matière commerciale et que Canfor a droit à ce que les plaidoiries et la preuve suivent la manière usuelle.

Il devient donc nécessaire d'analyser individuellement chaque élément de l'ensemble de la demande d'indemnité pécuniaire de la Couronne.

A. *La Couronne ne peut-elle poursuivre qu'en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire?*

Devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, la Couronne a engagé une action et obtenu une indemnité en sa qualité de propriétaire des forêts domaniales.

Peut-elle également poursuivre en qualité de représentante de la population pour faire respecter le droit du public à un environnement intact? Si la Couronne ne peut pas agir, qui le pourrait? On nous a cité l'arrêt *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), où la cour a décidé qu'une municipalité ne peut pas recouvrer au nom de ses habitants une indemnisation pour la perte d'[TRADUCTION] « agrément » résultant de la destruction d'arbres.

Devant notre Cour, la Couronne a affirmé avoir droit à des dommages-intérêts pour négligence [TRADUCTION] « pour décourager effectivement les dommages à l'environnement et faire en sorte que le public soit indemnisé du préjudice environnemental ». Canfor a prétendu que pareille demande équivalait à un recours de « droit public » que seule pourrait autoriser une loi spéciale telle que la *Comprehensive Environmental Responses*,

61

62

63

64

65

(1982 Supp. V 1987) (“*CERCLA*”), often called the “Superfund” law. Such losses are not, Canfor says, recoverable by a landowner in tort. The Crown’s argument, Canfor implies, confuses distributive justice with corrective justice. Canfor was supported in this regard by the industry intervener, the Council of Forest Industries (“COFI”) and others. Canfor and COFI took the view that when the Crown sues in tort, it is limited to the rights of a private party. It was conceded that there is an accepted role for the Attorney General as defender of the public interest in the law of public nuisance, but the remedy available in such cases is injunctive, not compensatory.

66

Historically, of course, the Attorney General, representing the Crown, has been the appropriate party to sue for abatement of a public nuisance. Recently, the Court adopted as correct the proposition that “any activity which unreasonably interferes with the public’s interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience” is capable of constituting a public nuisance: *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 52. It seems to me that the act of Canfor in burning down a public forest is capable of constituting a public nuisance. It was also negligence.

67

While a public nuisance may also be a crime (see *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 180(1)), it is more often the subject of injunction proceedings brought by the Attorney General on behalf of the public. The usual objective is abatement. As put by McLachlin J. (as she then was) in *Stein v. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263 (B.C.S.C.), “[p]ublic rights, including claims for public nuisance, can only be asserted in a civil action by the Attorney-General as the Crown officer representing the public” (p. 265). McLachlin J. went on to say that it is the “Attorney-General who is entrusted and charged with the duty of enforcing public rights” (p. 268). The Attorney General’s

Compensation, and Liability Act of 1980 des États-Unis, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987) (« *CERCLA* »), souvent appelée la loi « Superfund ». Canfor affirme qu’un propriétaire foncier ne peut recouvrer de telles pertes en droit de la responsabilité civile délictuelle. Selon Canfor, l’argument de la Couronne confond la justice distributive et la justice commutative. Le point de vue de Canfor a été appuyé par l’intervenant du secteur forestier, Council of Forest Industries (« COFI ») et par d’autres. Selon Canfor et le COFI, quand la Couronne engage une poursuite fondée sur la responsabilité civile délictuelle, ses droits se limitent à ceux d’un plaideur privé. On a concédé que le procureur général joue effectivement un rôle comme défenseur de l’intérêt public dans les cas de nuisance publique, mais la voie de droit qui lui est ouverte dans ces cas est l’injonction et non l’indemnisation.

De tout temps, bien entendu, c’est au procureur général, représentant la Couronne, qu’il a appartenu d’intenter une action pour faire supprimer une nuisance publique. Récemment, dans *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 52, notre Cour a reconnu qu’il est permis d’affirmer que « toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l’intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité » peut constituer une nuisance publique. À mon avis, en brûlant une forêt domaniale, Canfor a posé un acte qui pouvait constituer une nuisance publique. C’était aussi une négligence.

Bien qu’une nuisance publique puisse également être un crime (voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 180(1)), elle est plus souvent l’objet de demandes d’injonction à l’initiative du procureur général pour le compte du public. L’objectif est habituellement la suppression de la nuisance. Pour reprendre les propos de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) dans *Stein c. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263 (C.S.C.-B.), [TRADUCTION] « [l]es droits du public, y compris dans le domaine de la nuisance publique, ne peuvent être plaidés que dans une action au civil intentée par le procureur général en qualité d’agent de la Couronne représentant le public » (p. 265). La

standing is sometimes attributed to the Crown's role as *parens patriae*: see W. Estey, "Public Nuisance and Standing to Sue" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563, at pp. 566 and 576; see also Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Standing* (1989), at p. 10, and Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980), No. 46, at p. 7.

It is true that the role of the Attorney General has traditionally been to seek a stop to the activity that is interfering with the public's rights. This has led to a view that the only remedy available to the Attorney General is injunctive relief. Some commentators regard the injunction as the "public remedy" obtained by the Attorney General, while damages are a "private remedy" available to those private citizens who have suffered a special loss such as personal injury or damage to private property: see, e.g., P. H. Osborne, *The Law of Torts* (2nd ed. 2003), at p. 364. The reality, of course, is that it would be impractical in most of these environmental cases for individual members of the public to show sufficient "special damages" to mount a tort action having enough financial clout to serve the twin policy objectives of deterrence to wrongdoers and adequate compensation of their victims: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534. Class actions will have a role to play but, as Professor Klar notes, "[w]hat has made public nuisance a particularly ineffective private law remedy is the special damages requirement" (L. N. Klar, *Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 647).

Canadian courts have not universally adhered to a narrow view of the Crown's available remedies in civil proceedings for public nuisance. In *The Queen v. The Ship Sun Diamond*, [1984] 1 F.C. 3 (T.D.), the federal Crown sought damages

juge McLachlin a ajouté que [TRADUCTION] « le procureur général est investi et chargé de la tâche de faire respecter les droits du public » (p. 268). Sa qualité pour agir est parfois rattachée au rôle de *parens patriae* de la Couronne : voir W. Estey, « Public Nuisance and Standing to Sue » (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563, p. 566 et 576; voir aussi Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Standing* (1989), p. 10, et Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980), n° 46, p. 7.

Il est vrai que le rôle du procureur général a traditionnellement été de chercher à mettre un terme à toute activité portant atteinte aux droits du public. C'est pourquoi l'on a émis l'avis que la seule voie de droit ouverte au procureur général était l'injonction. Pour certains commentateurs, l'injonction est la « réparation publique » obtenue par le procureur général, alors que les dommages-intérêts sont une « réparation privée » que peuvent demander les particuliers qui ont subi une perte particulière comme une blessure ou des dommages à leurs biens : voir, par exemple, P. H. Osborne, *The Law of Torts* (2^e éd. 2003), p. 364. En réalité, il serait pratiquement impossible à des membres du public de démontrer dans la plupart de ces affaires concernant l'environnement qu'ils ont subi des « dommages spécifiques » suffisants pour intenter une action en responsabilité civile délictuelle ayant une incidence financière assez grande pour satisfaire les deux objectifs de politique générale que sont la dissuasion et la juste indemnisation des victimes : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534. Les recours collectifs joueront aussi un rôle mais, comme le fait observer le professeur Klar, [TRADUCTION] « [c]'est la condition relative aux dommages spécifiques qui a rendu particulièrement inefficaces les actions privées fondées sur la nuisance publique » (L. N. Klar, *Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 647).

Les tribunaux canadiens n'ont pas tous adopté une conception restrictive des voies de droit ouvertes à la Couronne dans les actions civiles pour nuisance publique. Dans *La Reine c. Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.),

68

69

in relation to cleanup costs it had incurred to mitigate damage from an oil spill in the waters off Vancouver. Damages were awarded for the cost of the water cleanup activities, in addition to costs to clean Crown-owned beach and foreshore property. Walsh J. commented, “what was done was reasonable and appears to be a good example of the *parens patriae* principle with the Crown . . . acting as what is referred to in civil law as ‘*bon père de famille*’” (pp. 31-32 (emphasis added)).

70

In *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, the Province sought damages in relation to the cost of cleaning up a public highway following an accident. This Court held that Ontario was entitled to claim damages for harm to its property, like any other private property owner, and needed no statutory authority to bring such an action. Moreover, Estey J., writing for the Court, went on to cite, at p. 547, the following passage of Lord Dunedin, in *Glasgow Corp. v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1, with apparent approval:

That a person, who, by his action, did something which made the highway impassable, and so destroyed the use of that highway by others, could be interdicted at the instance of a road authority I do not doubt . . . and although suits for damages in respect of such action may be sought for in vain in the books, I do not doubt that they would lie. [Emphasis added.]

71

The British Columbia Law Reform Commission in its *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, *supra*, suggested that the reluctance of the courts to award damages against those who commit a public nuisance should be relaxed somewhat to provide an effective remedy (pp. 70-71). See also Ontario Law Reform Commission, *Report on Damages for Environmental Harm* (1990) (“*OLRC Report*”), at pp. 11-13.

72

In my view, Canfor takes too narrow a view of the entitlement of the Crown, represented by the

la Couronne du chef du Canada a réclamé des dommages-intérêts pour recouvrer le coût du nettoyage qu’elle avait dû supporter pour pallier les dommages causés par un déversement de mazout dans les eaux près de Vancouver. Une indemnité a été accordée pour le nettoyage des eaux, en plus du nettoyage des plages et des rives des propriétés appartenant à la Couronne. Le juge Walsh a fait remarquer que : « ce qui a été fait était raisonnable et semble fournir un bon exemple du principe *parens patriae*, la Couronne [. . .] agissant comme on dit en droit civil, en “bon père de famille” » (p. 31-32 (je souligne)).

Dans *Procureur général de l’Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, la province a réclamé des dommages-intérêts pour les frais de nettoyage d’une route provinciale à la suite d’un accident. Notre Cour a décidé que la province avait droit à une indemnité pour les dommages à sa propriété, comme tout autre propriétaire foncier ordinaire, et n’avait pas à être expressément autorisée par la loi pour intenter une action. De plus, s’exprimant au nom de la Cour, le juge Estey a, à la p. 547, cité, semble-t-il en l’approuvant, le passage qui suit des motifs de lord Dunedin dans *Glasgow Corp. c. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1 :

[TRADUCTION] Une personne qui, par son action, a fait quelque chose qui a rendu la route impraticable et a ainsi empêché les autres de l’utiliser pourrait sans aucun doute être interdite de passage à la demande de l’administration de la voirie, [. . .] même si on peut consulter en vain les textes à ce sujet, je suis d’avis que des actions en dommages-intérêts relativement à cette action pourraient être intentées. [Je souligne.]

Dans son *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, *op. cit.*, la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a indiqué qu’il convenait, afin d’offrir un recours efficace, que les tribunaux se montrent moins réticents à condamner à des dommages-intérêts les auteurs de nuisance publique (p. 70-71). Voir aussi Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on Damages for Environmental Harm* (1990) (« *OLRC Report* »), p. 11-13.

À mon avis, Canfor adopte un point de vue trop étroit à l’égard du droit de la Couronne, représentée

Attorney General, to pursue compensation for environmental damage in a proper case.

Canadian courts have suggested that even municipalities have a role to play in defence of public rights. In *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255 (Ont. C.A.), Lacourcière J.A., in an oral decision, said at p. 257 that:

In our judgment, the municipality is, in a broad general sense, a trustee of the environment for the benefit of the residents in the area of the road allowance and, indeed, for the citizens of the community at large. [Emphasis added.]

This expression was referred to, without elaboration, by L'Heureux-Dubé J. in *114957 Canada*, *supra*, at para. 27.

The notion that there are public rights in the environment that reside in the Crown has deep roots in the common law: see, e.g., J. C. Maguire, "Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized" (1997), 7 *J.E.L.P.* 1. Indeed, the notion of "public rights" existed in Roman law:

By the law of nature these things are common to mankind - the air, running water, the sea

(T. C. Sandars, *The Institutes of Justinian* (1876), Book II, Title I, at p. 158)

A similar notion persisted in European legal systems. According to the French *Civil Code*, art. 538, there was common property in navigable rivers and streams, beaches, ports, and harbours. A similar set of ideas was put forward by H. de Bracton in his treatise on English law in the mid-13th century (*Bracton on the Laws and Customs of England* (1968), vol. 2, at pp. 39-40):

By natural law these are common to all: running water, air, the sea and the shores of the sea No one therefore is forbidden access to the seashore

par le procureur général, de demander l'indemnisation d'un dommage environnemental lorsque l'affaire s'y prête.

Les tribunaux canadiens ont exprimé l'avis que même les municipalités jouent un rôle dans la défense des droits du public. Dans *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255 (C.A. Ont.), dans une décision rendue de vive voix, le juge Lacourcière dit ce qui suit, à la p. 257 :

[TRADUCTION] À notre avis, la municipalité est, dans un sens large, fiduciaire de l'environnement au profit des habitants de la zone de la réserve routière et, de fait, des citoyens de toute la collectivité. [Je souligne.]

La juge L'Heureux-Dubé a repris cette expression, sans la commenter, dans *114957 Canada*, précité, par. 27.

L'idée selon laquelle la Couronne est investie des droits du public en matière environnementale a des origines anciennes en common law : voir, par exemple, J. C. Maguire, « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada : The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997), 7 *J.E.L.P.* 1. En fait, la notion de « droits du public » était reconnue en droit romain :

[TRADUCTION] Suivant le droit naturel, sont communs tous les éléments suivants : l'air, l'eau courante, la mer

(T. C. Sandars, *The Institutes of Justinian* (1876), livre II, titre I, p. 158)

Une notion semblable persiste dans les systèmes de droit européens. Aux termes de l'art. 538 du *Code civil* français, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, les ports et les havres, sont du domaine public. H. de Bracton expose une conception similaire dans son traité sur le droit anglais du milieu du 13^e siècle (*Bracton on the Laws and Customs of England* (1968), vol. 2, p. 39-40) :

[TRADUCTION] Selon le droit naturel, sont communs tous les éléments suivants : l'eau courante, l'air, la mer et le rivage de la mer [. . .] L'accès au rivage de la mer n'est donc interdit à personne

73

74

75

All rivers and ports are public, so that the right to fish therein is common to all persons. The use of river banks, as of the river itself, is also public by the *jus gentium*

76

By legal convention, ownership of such public rights was vested in the Crown, as too did authority to enforce public rights of use. According to de Bracton, *supra*, at pp. 166-67:

(It is the lord king) himself who has ordinary jurisdiction and power over all who are within his realm. . . . He also has, in preference to all others in his realm, privileges by virtue of the *jus gentium*. (By the *jus gentium*) things are his . . . which by natural law ought to be common to all Those concerned with jurisdiction and the peace . . . belong to no one save the crown alone and the royal dignity, nor can they be separated from the crown, since they constitute the crown.

Since the time of de Bracton it has been the case that public rights and jurisdiction over these cannot be separated from the Crown. This notion of the Crown as holder of inalienable "public rights" in the environment and certain common resources was accompanied by the procedural right of the Attorney General to sue for their protection representing the Crown as *parens patriae*. This is an important jurisdiction that should not be attenuated by a narrow judicial construction.

77

As stated, in the United States the *CERCLA* statute provides legislative authority for government actions in relation to the "public interest", including environmental damage, but this is not the only basis upon which claims in relation to the environment can be advanced by governments at the state and federal levels.

78

Under the common law in that country, it has long been accepted that the state has a common law *parens patriae* jurisdiction to represent the collective interests of the public. This jurisdiction has historically been successfully exercised in relation to environmental claims involving injunctive

Les rivières et les ports sont tous publics, et le droit d'y pêcher est commun. Selon le *jus gentium*, l'usage des rives, comme celui des rivières et des fleuves eux-mêmes, est public

Suivant une convention juridique, la Couronne était titulaire de ces droits du public et avait l'autorité pour faire respecter les droits d'usage du public. Selon de Bracton, *op. cit.*, p. 166-167 :

[TRADUCTION] (Le seigneur roi) lui-même exerce normalement la compétence et le pouvoir sur toute personne qui se trouve dans son royaume. [. . .] Il a aussi, en priorité sur toute autre personne dans son royaume, les privilèges qu'il tient du droit naturel. (Selon le droit naturel,) les biens publics [. . .] qui doivent naturellement être communs [. . .] lui appartiennent [. . .] Ceux qui concernent l'administration de la justice et la paix [. . .] n'appartiennent à personne si ce n'est à la couronne seulement et à la dignité royale, et on ne peut les dissocier de la couronne puisqu'ils constituent la couronne.

Depuis l'époque de de Bracton, il est constant que les droits publics et la compétence sur ces droits sont indissociables de la Couronne. Cette notion de la Couronne comme titulaire des « droits du public » inaliénables en ce qui a trait à l'environnement et à certaines ressources communes s'accompagnait du droit du procureur général, représentant de la Couronne en qualité de *parens patriae*, d'engager les procédures pour les protéger. Il s'agit d'une compétence importante qu'il convient de ne pas atténuer par une interprétation judiciaire restrictive.

Comme je l'ai indiqué, aux États-Unis, la *CERCLA* autorise l'introduction d'actions par le gouvernement dans « l'intérêt public », y compris en cas de dommage environnemental, mais ce n'est pas là le seul fondement des demandes touchant l'environnement que peuvent présenter les États et le gouvernement fédéral.

Suivant la common law américaine, il est admis depuis longtemps que l'État est investi de la compétence *parens patriae* pour assurer la défense des intérêts collectifs du public. L'exercice de cette compétence a été accueilli favorablement dans des demandes d'injonction

relief against interstate public nuisances: see, e.g., *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), at p. 374; *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); and *New York v. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921). In *Tennessee Copper*, Holmes J. held for the Supreme Court of the United States, at p. 237, that, “the State has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain” (emphasis added).

The American law has also developed the notion that the states hold a “public trust”. Thus, in *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892), the Supreme Court of the United States upheld Illinois’ claim to have a land grant declared invalid. The State had granted to the railroad in fee simple all land extending out one mile from Lake Michigan’s shoreline, including one mile of shoreline through Chicago’s central business district. It was held that this land was impressed with a public trust. The State’s title to this land was

different in character from that which the State holds in lands intended for sale. . . . It is a title held in trust for the people of the State that they may enjoy the navigation of the waters, carry on commerce over them, and have liberty of fishing therein freed from the obstruction or interference of private parties. [p. 452]

The deed to the railway was therefore set aside.

The *parens patriae* and “public trust” doctrines have led in the United States to successful claims for monetary compensation. Thus in *New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975), the State sued a power plant operator for a fish kill in tidal waters caused by negligent pumping that caused a temperature variation in the fish habitat. The State sought compensatory damages for the harm to public resources. The court concluded that the State had

en matière d’environnement visant des nuisances publiques dans un État voisin : voir, par exemple, *North Dakota c. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), p. 374; *Missouri c. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas c. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York c. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921). Dans *Tennessee Copper*, le juge Holmes a conclu au nom de la Cour suprême des États-Unis, à la p. 237, que [TRADUCTION] « l’État a sur tout le sol et l’air de son domaine un intérêt indépendant des titres de ses citoyens et fondamental » (je souligne).

Le droit américain reconnaît également la notion que l’État est investi d’un mandat de « fiducie publique ». Ainsi, dans *Illinois Central Railroad Co. c. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892), la Cour suprême des États-Unis a fait droit à la demande de l’Illinois visant à faire déclarer invalide une concession de terre. L’État avait concédé en fief simple à la société ferroviaire une bande de terre d’une largeur d’un mille à partir de la rive du lac Michigan, y compris une bande d’un mille dans le quartier des affaires de Chicago. La Cour a jugé que ce terrain était l’objet d’une fiducie publique. Le titre de propriété de l’État sur ce terrain était

[TRADUCTION] de nature différente de celui que détient l’État sur des terres destinées à être vendues. [. . .] C’est un titre détenu en fiducie au bénéfice des habitants de l’État afin qu’ils puissent naviguer sur les eaux, y faire commerce et jouir du droit d’y pêcher sans entrave ni ingérence de parties privées. [p. 452]

L’acte de transfert en faveur de la société ferroviaire a donc été annulé.

Aux États-Unis, les doctrines de la qualité de *parens patriae* et de la « fiducie publique » ont permis l’obtention de réparations pécuniaires. Ainsi, dans *New Jersey, Department of Environmental Protection c. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975), l’État a poursuivi l’exploitant d’une centrale électrique pour la destruction massive de poissons dans les eaux soumises aux marées par suite d’un déversement négligent ayant causé un changement de température dans l’habitat du

the “right and the fiduciary duty to seek damages for the destruction of wildlife which are part of the public trust” in “compensation for any diminution in that [public] trust corpus” (p. 759), noting that:

It seems to us that absent some special interest in some private citizen, it is questionable whether anyone but the State can be considered the proper party to sue for recovery of damages to the environment.

See also *State of Washington, Department of Fisheries v. Gillette*, 621 P.2d 764 (Wash. Ct. App. 1980), and *State of California, Department of Fish and Game v. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (C.D. Cal. 1969). The potential availability of damages in *parens patriae* and “public trust” environmental actions has also been affirmed in *State of Maine v. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (D. Me. 1973), and *State of Maryland, Department of Natural Resources v. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (D. Md. 1972). These were all cases decided under the common law, not CERCLA.

81

It seems to me there is no legal barrier to the Crown suing for compensation as well as injunctive relief in a proper case on account of public nuisance, or negligence causing environmental damage to public lands, and perhaps other torts such as trespass, but there are clearly important and novel policy questions raised by such actions. These include the Crown’s potential liability for *inactivity* in the face of threats to the environment, the existence or non-existence of enforceable fiduciary duties owed to the public by the Crown in that regard, the limits to the role and function and remedies available to governments taking action on account of activity harmful to public enjoyment of public resources, and the spectre of imposing on private interests an indeterminate liability for an

poisson. L’État a réclamé des dommages-intérêts compensatoires pour le préjudice causé à des ressources publiques. La cour a conclu que l’État avait [TRADUCTION] « le droit et l’obligation fiduciaire de demander des dommages-intérêts pour la destruction de la faune et de la flore qui font partie de la fiducie collective » pour « compenser toute diminution du capital de cette fiducie [collective] » (p. 759), faisant remarquer ceci :

[TRADUCTION] Il nous semble que, faute de quelque intérêt particulier de simple citoyen, il est douteux que quiconque à part l’État puisse être considéré comme la personne pouvant à juste titre intenter une action en dommages-intérêts pour dommages à l’environnement.

Voir aussi *State of Washington, Department of Fisheries c. Gillette*, 621 P.2d 764 (Wash. Ct. App. 1980), et *State of California, Department of Fish and Game c. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (C.D. Cal. 1969). La possibilité pour les États d’obtenir des dommages-intérêts en matière environnementale en invoquant leur qualité de *parens patriae* et la « fiducie collective » a également été confirmée dans *State of Maine c. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (D. Me. 1973), et dans *State of Maryland, Department of Natural Resources c. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (D. Md. 1972). Ces affaires ont toutes été tranchées par application de la common law et non de la CERCLA.

Il me semble qu’aucun obstacle juridique n’empêche la Couronne d’engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, et peut-être pour d’autres quasi-délits tels que l’entrée sans autorisation, mais ces actions soulèvent des questions de politique générale nouvelles et manifestement importantes. Parmi ces questions, mentionnons la responsabilité possible de la Couronne pour *inaction* en cas de menaces pour l’environnement, l’existence ou l’absence d’obligations fiduciaires contraignantes de la Couronne envers le public à cet égard, les limites du rôle et de la fonction des gouvernements pour les mesures prises à l’encontre d’actes préjudiciables à

indeterminate amount of money for ecological or environmental damage.

This is not a proper appeal for the Court to embark on a consideration of these difficult issues. The Crown's own expert evidence treated the Crown as owner of Crown forests seeking compensation on the same basis as any other landowner for stumpage and "diminution of the value of the timber". Reliance was placed on s. 11(1) of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, which provides that "the rights of the parties must, subject to this Act, be as nearly as possible the same as in a proceeding between persons". Of course it is perfectly open to the Crown to assert its private law rights as a property owner: *Fatehi, supra*, and *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510. The groundwork for a claim on some broader "public" basis was not fully argued in the courts below. The Crown now suggests that it claimed "commercial value as a proxy" for environmental damage but, with respect, the pleadings suggest otherwise. It would be unfair to the other parties to inject such far-reaching issues into the proceedings at this late date.

I therefore proceed on the basis that the Crown's entitlement in this particular case is limited to entitlement in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest.

B. Is the Crown, by Analogy With Private Landowners, Entitled to the "Auction Value" of the Harvestable Timber?

The Province was entitled to be restored to the position it would have enjoyed, to the extent money can accomplish it, had the tort not been committed: *Ratych, supra*, at pp. 962-63; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at p. 396; and

la jouissance des ressources publiques par le public ainsi que les voies de droit qui leur sont ouvertes sous ce rapport, et le spectre d'une responsabilité indéterminée qui serait imposée à des parties privées pour des sommes indéterminées en cas de préjudice écologique ou de dommage environnemental.

Le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen de ces questions difficiles. La preuve d'expert présentée par la Couronne considère celle-ci comme un propriétaire de forêts domaniales qui demande, au même titre que tout propriétaire foncier, d'être indemnisé pour la perte de droits de coupe et la « diminution de la valeur du bois ». La Couronne a invoqué le par. 11(1) de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 89, qui dispose que [TRADUCTION] « les droits des parties sont, sous réserve de la présente loi, dans la mesure du possible les mêmes que dans une instance entre personnes ». Bien entendu, la Couronne a toute latitude pour faire valoir ses droits de propriétaire foncier : *Fatehi*, précité, et *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510. Les fondements d'une revendication présentant un caractère un peu plus « public » n'ont pas été débattus à fond devant les tribunaux d'instance inférieure. La Couronne affirme maintenant avoir réclamé [TRADUCTION] « la valeur marchande comme indicateur » du dommage environnemental, mais en toute déférence, ce n'est pas ce qu'indiquent ses actes de procédure. Il serait injuste pour les autres parties de présenter à une étape aussi tardive des questions dont la portée est aussi grande.

Je vais donc examiner la demande de la Couronne dans la présente espèce en considérant que son droit est limité à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration en première instance.

B. La Couronne a-t-elle droit, par analogie avec les propriétaires privés, à la « valeur aux enchères » du bois récoltable?

La province avait le droit d'être replacée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été le délit civil, dans la mesure où cela pouvait se faire en argent : *Ratych*, précité, p. 962-963; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 396; et *Sunrise Co.*

82

83

84

Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The), [1991] 1 S.C.R. 3, at p. 27, *per* McLachlin J. dissenting in part, but endorsed on this point by L'Heureux-Dubé J. for the majority, at p. 17.

85

The Crown argues that the courts below “misconceived” the nature of the Province’s claim. The courts erroneously characterized the Province’s loss as a revenue entitlement. When loss of the harvestable trees is viewed “correctly”, the Crown says, the best measure of its loss is the “auction” price which it could have obtained if the trees had been harvested and sold at a timber auction on the date of the fire, plus loss of use in the interim while the forest regenerates. The “auction approach” presupposes that the trees in the Stone Creek area were available for immediate harvesting in July of 1992. The Crown says the compensable loss, thus conceived, is \$3,517,038.65. Canfor responds that the Province, having locked up its rights to harvest its timber under complex long-term licences, cannot now put itself forward on the same footing as an unencumbered landowner free to auction its property to the highest bidder: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77.

86

In my view, Canfor’s objection to an “auction” approach is entitled to prevail for both substantive and procedural reasons.

87

In its Further Amended Statement of Claim, the Crown did not claim auction value. It claimed “losses incurred relating to reduced stumpage due to fire damage” (para. 15(c)). The regulatory scheme provides that stumpage is paid over the lifetime of the logging operation which in this case was up to 66 years. It is not open to the Crown to ignore the legal effect of the licences previously granted to private parties to log in the Stone Creek area, including Canfor.

88

The regulatory scheme devolves much of the forest management responsibility on large operators

c. Lake Winnipeg (Le), [1991] 1 R.C.S. 3, p. 27, la juge McLachlin dissidente en partie, mais avec l’appui sur ce point de la juge L’Heureux-Dubé au nom des juges majoritaires, à la p. 17.

La Couronne soutient que les tribunaux d’instance inférieure ont « mal compris » la nature de la demande de la province. Ils ont estimé à tort que la perte de la province consistait dans un manque à gagner. Lorsque la perte des arbres récoltables est « bien » envisagée, selon la Couronne, la meilleure mesure de sa perte est le prix qu’elle aurait pu obtenir aux « enchères » si les arbres avaient été récoltés et vendus à une vente de bois aux enchères à la date de l’incendie, majoré du montant de la perte de jouissance pendant que la forêt se régénère. La « méthode des enchères » présuppose que les arbres de la région de Stone Creek pouvaient être récoltés immédiatement en juillet 1992. Selon la Couronne, la perte indemnisable, ainsi conçue, s’élève à 3 517 038,65 \$. Canfor répond que, ayant bloqué ses droits de récolter ses arbres par un régime complexe de permis d’exploitation à long terme, la province ne peut pas maintenant être mise sur le même pied qu’un propriétaire foncier dont la propriété n’est pas grevée et qui est libre de céder ses biens au plus offrant : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77.

À mon avis, l’objection de Canfor à la méthode des « enchères » doit être retenue pour des motifs tant de fond que de forme.

Dans sa déclaration re-modifiée, la Couronne n’a pas réclamé la valeur aux enchères, mais les [TRADUCTION] « pertes subies par suite de la diminution des droits de coupe attribuable à l’incendie » (par. 15(c)). La réglementation prévoit que les droits de coupe sont versés pendant toute la durée de production de l’exploitation forestière, en l’occurrence 66 ans. Il n’est pas loisible à la Couronne d’écarter l’effet juridique des permis déjà accordés à des personnes pour l’exploitation forestière dans la région de Stone Creek, y compris à Canfor.

La réglementation cède en grande partie la responsabilité de la gestion des forêts aux grands

such as Canfor. This is done through a complex licencing system, which confers long-term cutting rights on the licensee in exchange for stumpage and the licensee's undertaking of many responsibilities, some of which were formerly performed by government itself, including extensive road building and permanent infrastructure. Economic viability requires these licences to be long-term (in this case 20 years). Under the regulatory licensing system in effect in 1992 in British Columbia, the Province was not entitled to auction off the right to an immediate cut of the entire territory eventually burned over, which is what "auction value" measures. The Provincial regulatory scheme schedules the right to log its forests from year to year and decade to decade in exchange for long-term stability, as well as the economic well-being of communities dependent on a sustainable forest industry. The practical effect is that the Province has tied up its forest assets in such a way as to render the "auction" approach at odds with the Province's own regulatory regime.

It seems to me that in making a claim for lost revenue the Crown is as surely bound by the regulatory regime under the *Forest Act* as are the private operators (who, unlike the Crown, are not in a position to amend it), subject to any special exemption. There are no special exemptions applicable here.

It is therefore not surprising that the Crown's own valuation experts did not support a claim to auction value at trial, but instead focussed on a claim for loss of stumpage revenue over a projected schedule of many years. *The Crown's expert valuation witness expressly abandoned auction value as the legitimate measure of the Crown's loss.* While the initial version of the Deloitte & Touche valuation report suggested in "scenario one" the possibility of auction value, that position was reversed in its subsequent report dated May 13, 1999, in favour of what they called "scenario three", namely the present discounted value of future stumpage value "which would have been obtained [in the normal course] had the [fire] not occurred". The Crown's

exploitants tels que Canfor. Cette dévolution s'opère au moyen d'un système complexe de permis, qui confère au titulaire le droit d'exploiter la forêt à long terme moyennant le paiement de droits de coupe et l'engagement du titulaire à s'acquitter de nombreuses fonctions, dont certaines étaient auparavant exercées par l'État, comme la construction d'un réseau routier et la création de l'infrastructure permanente. La viabilité économique exige des permis à long terme (20 ans en l'espèce). Suivant le système de permis réglementaire en vigueur en Colombie-Britannique en 1992, la province n'avait pas le droit de vendre aux enchères le droit de couper immédiatement tout le bois de la zone qui allait être ravagée par le feu, ce que permet de mesurer la « valeur aux enchères ». La réglementation provinciale fixe la coupe du bois pour les années et les décennies à venir en contrepartie de la stabilité à long terme ainsi que du bien-être économique des collectivités qui dépendent d'une industrie forestière stable. L'effet pratique de ce système est que la province a bloqué ses actifs forestiers de sorte que la méthode des « enchères » est incompatible avec sa propre réglementation.

Il me semble qu'en réclamant pour perte de recettes, la Couronne, sous réserve d'exemption spéciale, est certes liée par les règlements d'application de la *Forest Act* au même titre que les exploitants privés (qui, contrairement à la Couronne, ne peuvent pas les modifier). Aucune exemption spéciale ne s'applique en l'espèce.

Il n'est donc pas étonnant que les propres évaluateurs-experts de la Couronne eux-mêmes n'aient pas, en première instance, défendu la prétention fondée sur la valeur aux enchères, mais qu'ils aient plutôt mis l'accent sur la perte des droits de coupe pendant plusieurs années à venir. *L'expert en évaluation de la Couronne a expressément abandonné l'idée que la valeur aux enchères soit la mesure légitime de la perte de celle-ci.* Bien que la version initiale du rapport d'expertise de Deloitte & Touche propose dans son « premier scénario » la possibilité de la valeur aux enchères, le cabinet a changé sa position dans son rapport postérieur du 13 mai 1999, optant pour ce qu'on a appelé le « troisième scénario », soit la valeur actualisée des

expert, Mr. Reznik of Deloitte & Touche, confirmed in his examination-in-chief at trial his rejection of the “auction” value claim (“scenario one”) in favour of stumpage revenue (called “scenario three”). Mr. Reznik then confirmed on cross-examination that he accepted that the proper approach to be followed was scenario three, i.e., discounted present value of stumpage revenue.

91

Accepting the consensus of the experts, the trial judge ruled against auction value as an appropriate measure of the Crown’s loss as follows (at para. 113):

For the harvestable trees, the plaintiff’s position, but for the fire, would be the receipt of stumpage revenue, as and when the trees were harvested. The plaintiff transferred her “rights” to her trees with, what is now, Timber Licence A40873. The defendant, subject to all necessary permits, acquired the right to harvest the trees. The plaintiff [Province] had a correlative duty not to do so. Therefore, to put her in possession of the stumpage revenue she would have received, is to “put her in the same position as she would have been had the tort not occurred”. [Emphasis added.]

92

On appeal to the British Columbia Court of Appeal, the Crown reiterated its reliance on a present discounted “stumpage revenue” method (as opposed to “auction value”):

The plaintiff’s [Crown’s] position is that it is entitled to the stumpage it would have received from this [harvestable] timber minus the amount it did receive in reduced stumpage as a result of salvage harvesting which took place in 1993. In order to calculate ‘the amount the Plaintiff would have received had the fire not occurred’ a finding must be made as to the stumpage rate which would have been assessed on the wood located in the Stone Fire Area for each of the years harvesting would have taken place. In addition, an estimate of the volume which would have been harvested in each of those years would also have to be made.

(Canfor, Respondent’s Authorities, Tab 5, p. 23, at para. 74)

droits de coupe futurs, [TRADUCTION] « qui auraient été obtenus [dans le cours normal des activités] si [l’incendie] n’avait pas eu lieu ». Au cours de son interrogatoire principal à l’instruction, l’expert de la Couronne, M. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, a confirmé son rejet de la prétention fondée sur la valeur aux « enchères » (« premier scénario ») en faveur des droits de coupe (ce qu’il a appelé le « troisième scénario »). M. Reznik a ensuite confirmé, au cours de son contre-interrogatoire, qu’il admettait que la bonne méthode d’évaluation était le troisième scénario, soit la valeur actualisée des droits de coupe.

Acceptant le consensus des experts, le juge de première instance a rejeté en ces termes la valeur aux enchères comme méthode d’évaluation de la perte de la Couronne (par. 113) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les arbres récoltables, la situation de la demanderesse, n’eût été l’incendie, aurait été la perception de droits de coupe au moment de la récolte des arbres. La demanderesse a cédé ses « droits » sur ses arbres au moyen de ce qui est maintenant le Permis d’exploitation A40873. Sous réserve de l’obtention de tous les permis nécessaires, la défenderesse a acquis le droit de récolter les arbres. La demanderesse [la province] avait l’obligation corollaire de s’abstenir de les récolter. En conséquence, la mettre en possession des droits de coupe qu’elle aurait touchés équivaut à « la replacer dans la situation où elle se serait trouvée, n’eût été le délit civil ». [Je souligne.]

Devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, la Couronne s’est encore une fois appuyée sur la méthode des « droits de coupe » actualisés (par opposition à la « valeur aux enchères ») :

[TRADUCTION] La position de la demanderesse [la Couronne] est qu’elle a droit aux droits de coupe qu’elle aurait perçus pour ce bois [à récolter] moins le montant qu’elle a touché sous forme de droits de coupe réduits par suite de la récupération des arbres en 1993. Afin de calculer la « somme que la demanderesse aurait perçue n’eût été l’incendie », il faut déterminer le taux des droits de coupe qui aurait été imposé sur le bois qui se trouvait dans la zone ravagée de Stone [Creek] pour chacune des années pendant lesquelles la récolte aurait eu lieu. En outre, il faudrait faire une estimation du volume de bois qui aurait été récolté pendant chacune de ces années.

(Canfor, Recueil de sources de l’intimée, onglet 5, p. 23, par. 74)

In the circumstances, I do not think it is open to the Crown, unsupported by expert testimony, to pursue “auction value” as the appropriate basis on which to calculate compensation in its appeal to this Court.

C. The Crown Says the CVP System Provides an Irrelevant “Collateral Source of Income” Which Cannot Properly Be Taken Into Account to Reduce its Compensation

Once the Province’s claim is restricted to the impact of the fire on its projected revenue stream, its claim becomes impaled on the financial logic of its own forest regulatory regime. This is because the injured party “should be compensated for the full amount of his loss, but no more. . . . [H]e is not entitled to turn an injury into a windfall. In each case the task of the Court is to determine as nearly as possible the plaintiff’s actual loss”: *Ratych, supra*, at p. 962 (emphasis added).

Canfor says that the Crown cannot establish any revenue loss from the harvestable areas subject to the CVP stumpage system on various grounds, including the following:

(a) The Province’s increased income from other licences, obtained by modifying their stumpage rates to reflect the “target” rate overall, is the direct result of the fire and should therefore be taken into account in mitigation of the Crown’s damages.

(b) Alternatively, as the CVP system was designed to ensure revenue neutrality to the Province, the “waterbed” effect of the CVP system ensured that the “loss” never occurred, and there is therefore no “loss” to recover from the tortfeasor.

(c) In the further alternative, if the Province collects both higher stumpage rates and

Vu les circonstances, je ne pense pas qu’il soit loisible à la Couronne, sans l’appui de preuve d’expert, de prétendre devant notre Cour que la « valeur aux enchères » constitue le fondement qui convient pour calculer l’indemnité.

C. La Couronne dit que le système de PVC fournit une « source de revenu accessoire » non pertinente qu’il n’y a pas lieu de prendre en compte pour diminuer son indemnité

Une fois la demande de réparation de la province limitée à l’incidence de l’incendie sur le flux anticipé des droits de coupe, cette demande se bute à la logique financière de la réglementation forestière de la province. C’est que la personne lésée « devrait être indemnisée intégralement de sa perte, mais sans plus. [. . .] [Elle] n’a toutefois pas le droit de transformer un préjudice en une aubaine. Il incombe au tribunal dans chaque cas de déterminer le plus exactement possible la perte réelle du demandeur » : *Ratych, précité*, p. 962-963 (je souligne).

Canfor affirme que la Couronne ne peut pas prouver de perte de recettes pour ce qui est des zones exploitables assujetties au système de PVC des droits de coupe, et ce pour diverses raisons dont les suivantes :

a) Le revenu additionnel que la province tire des autres permis et qui est produit par la modification des taux de droits de coupe destinée à respecter le taux « cible » général est le résultat direct de l’incendie et doit donc être pris en compte de façon à limiter les dommages-intérêts de la Couronne.

b) Subsidiairement, comme le système de PVC était conçu de manière à éviter la fluctuation des recettes de la province, l’effet « stabilisateur » du système de PVC a fait en sorte qu’il n’y a eu aucune « perte » et que, par conséquent, il n’y a aucune « perte » à recouvrer de l’auteur du délit.

c) Subsidiairement encore, si la province perçoit à la fois des droits de coupe plus élevés

93

94

95

compensation from Canfor for the lower yield in the burned area, it will have obtained double recovery for the same loss.

et une indemnité de Canfor pour le rendement inférieur de l'aire ravagée, elle aura obtenu une double indemnisation.

96

It should first be recognized that the “waterbed” element of the CVP stumpage system affected only a portion of the Crown’s claim. As earlier mentioned, there were three types of timber tenures in the fire area: the Forest Licence, Timber Sale Licences and Woodlot Licences. Only timber harvested from the Forest Licence area was impacted by the CVP system. Approximately 35 percent of the harvested timber from the Stone Creek fire came from this tenure. Accordingly, the Crown’s objection to the operation of the CVP system affects little more than a third of Mr. Gairns’ revenue calculation.

Il convient tout d’abord de reconnaître que l’élément « stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe n’a touché qu’une partie de la demande d’indemnité de la Couronne. Comme je l’ai déjà indiqué, il existait trois types de tenures dans la zone ravagée : le permis d’exploitation, le permis d’approvisionnement et les permis de boisés de ferme. Seul le bois récolté conformément à des permis d’exploitation était visé par le système de PVC. Environ 35 pour 100 du bois récolté dans la zone ravagée de Stone Creek provenait de cette tenure. En conséquence, l’opposition de la Couronne à l’application du système de PVC ne concerne qu’un peu plus d’un tiers des recettes calculées par M. Gairns.

97

At the root of this debate is a controversy over what “revenue” is at issue. The trial judge took the view that the relevant frame of reference was the revenue-generating system covering the B.C. Interior Region. That system was a self-contained regulatory unit that was designed to (and did) provide a revenue equivalent to the target rate multiplied by the cubic metres of harvested timber irrespective of the variation in local productivity. The Stone Creek fire was an example of a local variation, but it did not in fact detract from the revenue-generating capacity of the region. In other words, in the trial judge’s view, the shifting of the gains and losses under the CVP in particular areas was a loss-spreading device that operated *before*, not after calculation of the relevant bottom line. Mr. Gairns thus testified in cross-examination:

Cette discussion trouve ses origines dans une controverse au sujet de la nature des « recettes » en cause. D’après le juge de première instance, le cadre de référence pertinent serait le système de génération de recettes appliqué dans le secteur de l’intérieur de la C.-B. Ce système formait une réglementation indépendante visant à générer (et qui a généré) des recettes égales au taux cible multiplié par le nombre de mètres cubes de bois récolté sans égard aux variations de productivité à l’échelle locale. L’incendie de Stone Creek constituait un exemple de variation locale, mais il n’a pas, en fait, réduit la capacité de la région de générer des recettes. Autrement dit, selon le juge de première instance, le transfert des gains et des pertes prévu par le système de PVC dans des secteurs donnés représentait un mécanisme d’étalement des pertes qui jouait *avant*, et non après, le calcul du résultat net pertinent. Voici ce que M. Gairns a dit lors de son contre-interrogatoire :

I was evaluating the effect [of the fire] on Provincial revenues, not the effect on somebody paying stumpage in Stone Creek.

[TRADUCTION] J’ai évalué l’effet [du feu] sur les recettes de la province et non son effet sur une personne qui versait des droits de coupe à l’égard de la zone de Stone Creek.

And later, in the same vein:

Et ensuite, dans le même ordre d’idées :

The difference in the Province's revenue between there being no fire and there being a fire is what I considered to be the economic loss to the Province.

The Crown's experts took a different view on this point. In their view, the relevant frame of reference was limited to the Stone Creek fire area itself. Taking the 1,491 hectare area burned by the fire as a stand-alone revenue-generating unit, they made a calculation of the stumpage value of the timber in that plot pre-fire and post-fire, and calculated a site-specific loss. They then turned to an examination of VI and MVI values under the provincial regulatory scheme to see where "the loss" ended up, and its potential effect on Crown revenues. This allowed the Crown to argue that Canfor should not be allowed to "pass on" the loss to other long-term forest licensees under the regulatory umbrella of the CVP system. In Canfor's view, accepted by the trial judge as a correct reading of the regulatory scheme, the 1,491 hectares did not constitute a stand-alone revenue-generating unit. There was never a "loss" in the *relevant* revenue-generating unit, i.e., the B.C. Interior Region, and therefore nothing to "pass on".

My colleague LeBel J. challenges the finding of fact that the result of the CVP scheme was revenue-neutral. He suggests the trial judge's conclusion "[t]hat the target revenue is maintained as a result [of the CVP "waterbed"] is by no means certain" because the analysis was not carried "to its bitter end" (para. 171 (emphasis deleted)). However, with respect, revenue neutrality was not only asserted by Canfor, and accepted by the trial judge, but was accepted as correct on the facts of this case by both the Crown's factual witness, Mr. Tigchelaar ("The comparative value pricing system, in effect, makes the harvested portion of timber damaged by a forest fire revenue neutral" (emphasis added)), and by the Crown's expert accounting witness (the CVP system "ensures that provincial revenues are not affected by low timber values" (emphasis added)). Revenue neutrality was not merely

[TRANSLATION] En ce qui concerne les recettes de la province, l'écart entre la situation en l'absence de l'incendie et la situation compte tenu de l'incendie représentait pour moi la perte financière de la province.

Les experts de la Couronne ont présenté une position différente sur ce point. Pour eux, le cadre de référence pertinent se limitait à la zone ravagée de Stone Creek elle-même. Considérant l'aire de 1 491 hectares ravagée par le feu comme une unité génératrice de recettes autonome, ils ont calculé la valeur des droits de coupe du bois de ce secteur tant avant l'incendie qu'après, et ils ont calculé une perte dans ce secteur seulement. Puis, ils ont pris en compte les valeurs IV et IVM prévues par la réglementation provinciale afin d'estimer « la perte » et d'évaluer son effet possible sur les recettes de la Couronne. C'est ainsi que la Couronne a pu soutenir qu'il ne fallait pas permettre à Canfor de « transférer » la perte à d'autres titulaires de permis à long terme par application du système de PVC réglementaire. Du point de vue de Canfor, point de vue que le juge de première instance a accepté comme l'interprétation juste de la réglementation, les 1 491 hectares ne formaient pas une unité génératrice de recettes autonome. L'unité génératrice de recettes *pertinente*, soit le secteur de l'intérieur de la C.-B., n'a jamais subi de « perte » et il n'y avait donc rien à « transférer ».

Mon collègue le juge LeBel conteste la conclusion de fait selon laquelle le résultat du régime de PCV n'avait pas de répercussion sur les recettes. Selon lui, c'est parce que le juge de première instance n'a pas poussé son analyse « jusqu'au bout » qu'il a conclu qu'« [i]l n'est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant » en conséquence de l'effet « stabilisateur » du PVC (par. 171 (soulignement supprimé)). J'estime toutefois en toute déférence que l'absence d'incidence sur les recettes n'a pas seulement été invoquée par Canfor et acceptée par le juge de première instance, mais qu'elle a aussi été acceptée comme juste, compte tenu des faits de l'espèce, tant par le témoin qui a exposé ces faits pour la Couronne, M. Tigchelaar ([TRANSLATION] « Effectivement, avec le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative, la récolte du bois endommagé

“presumed”. It was established in evidence as a fact to the satisfaction of the trial judge.

100 In my view, the Court ought not to speculate “to its bitter end” about a factual matter which the parties, on the basis of a consensus among their forensic experts, agree upon, and for *that* reason did not pursue in the evidence. Mr. Gairns, as mentioned, stated categorically that “the Crown’s revenue would not change. That is what [CVP] was for and that’s what it did”.

101 On the other hand, there were clearly opposing views about the relevancy of the CVP scheme. In the end the trial judge accepted Canfor’s legal analysis of the regulatory system and, keeping that in mind, endorsed Mr. Gairns’ approach to valuation as “more likely to define the money which can put the plaintiff in the same position as she would have been, had the tort not occurred, which is reasonable to both the plaintiff and the defendant” (para. 125).

102 In my opinion, the trial judge’s analysis of the regulatory system was correct and it was open to him, after hearing the opposing expert approaches, to proceed as he did. Within the limits established by the trial judge’s legal analysis, identification of the appropriate accounting framework is a matter for experts. Mr. Gairns is a professional forestry expert. He has worked in the forest industry since 1955, most recently as President and General Manager of Canada’s largest forestry consulting firm doing work both for government and the private sector. Deloitte & Touche are chartered accountants. While interpretation of the regulations raises issues of law, the law does not dictate an answer to the factual valuation problem on which they were asked to give

par un feu de forêt n’a pas d’incidence sur les recettes » (je souligne)) que par le comptable expert de la Couronne (le système de PVC [TRADUCTION] « garantit que la moindre valeur du bois n’a pas d’incidence sur les recettes de la province » (je souligne)). L’absence d’incidence sur les recettes n’a pas été simplement « supposée »; la preuve en a été faite à la satisfaction du juge de première instance.

À mon avis, notre Cour n’est pas tenue de pousser ses suppositions « jusqu’au bout » au sujet d’un fait sur lequel les parties elles-mêmes s’entendent, selon l’opinion unanime de leurs experts judiciaires, et lorsque, pour *cette* raison, ils n’ont pas étoffé davantage la preuve de ce fait. Comme je l’ai mentionné, M. Gairns a affirmé catégoriquement que ce fait [TRADUCTION] « ne modifie pas les recettes de la Couronne. C’est ce que l’on visait et c’est ce que l’on a obtenu ».

Par contre, les avis étaient manifestement partagés au sujet de la pertinence du système de PVC. Au bout du compte, le juge de première instance a accepté l’analyse juridique de la réglementation présentée par Canfor et, se basant sur celle-ci, il a souscrit à la méthode d’évaluation préconisée par M. Gairns, estimant qu’elle était [TRADUCTION] « plus susceptible d’établir la somme qui peut replacer la demanderesse dans la situation où elle se serait trouvée n’eût été le délit civil, ce qui est raisonnable tant pour la demanderesse que pour la défenderesse » (par. 125).

À mon avis, le juge de première instance a fait une juste analyse de la réglementation et il lui était loisible, après avoir étudié les méthodes divergentes utilisées par les experts, de trancher comme il l’a fait. Dans les limites de l’analyse juridique effectuée par le juge de première instance, il revient aux experts de définir le cadre comptable approprié. M. Gairns est un expert de la foresterie. Il travaille dans le secteur forestier depuis 1955, actuellement à titre de président et directeur général du plus important cabinet-conseil en foresterie au Canada, remplissant des mandats tant de l’État que de l’entreprise privée. Deloitte & Touche est un cabinet de comptables agréés. Quoique l’interprétation de la réglementation soulève des questions de droit, le droit ne dicte

expert evidence. Expert evidence is not even admissible unless “ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge”: *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684. The trial judge was required to choose between conflicting theories of valuation and he did so. His factual findings in this respect are entitled to deference. The Court of Appeal agreed with him.

The assessment of compensable loss is therefore heavily influenced by the regulatory structure which the Province itself designed and implemented. A somewhat similar issue arose in a different regulatory context in *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (F.C.A.). In that case, the Crown contended that the relevant framework for determining airport costs and revenues was on the aggregated basis of its “system” of eight international airports across Canada, including Mirabel. The effect was to impose Mirabel’s deficit on some airlines that never used it. The airlines objected that, according to their experts, the relevant frame of reference for fixing regulatory charges was the individual airport where they *did* land. The Federal Court of Appeal concluded that the federal regulatory scheme had defined the relevant revenue-generating “system” to include all of its international airports, and the trial judge was correct to proceed on that basis. It seems to me that here, as well, it was open to the trial judge to conclude that the Province had defined the B.C. Interior Region as the appropriate frame of reference for revenue purposes, and that Canfor was entitled to rely on the “revenue-neutral” system the Province had implemented. As the trial judge put it during the Crown’s cross-examination of Mr. Gairns:

pas la solution qu’il faut apporter à la question de fait relative à l’évaluation sur laquelle on a demandé une expertise. La preuve d’expert n’est pas même admissible, sauf s’il [TRADUCTION] « est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l’assistance de personnes possédant des connaissances spéciales » : *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, p. 684. Le juge de première instance devait choisir entre des théories opposées en matière d’évaluation et il a fait un choix. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard de ses conclusions de fait sur ce point. La Cour d’appel a accepté son avis.

L’appréciation de la perte indemnizable dépend donc grandement de la réglementation que la province a elle-même élaborée et mise en œuvre. Une question assez semblable s’est posée dans un contexte réglementaire différent dans *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (C.A.F.). Dans cette affaire, la Couronne prétendait que le cadre de référence pertinent pour la détermination des coûts et des revenus des aéroports consistait dans l’assiette globale de son « système » de huit aéroports internationaux au Canada, dont Mirabel. La réglementation avait pour effet de faire supporter le déficit de Mirabel par des compagnies d’aviation qui n’utilisaient jamais cet aéroport. Les compagnies d’aviation ont objecté que, d’après leurs experts, le cadre de référence pertinent pour la fixation des taxes réglementaires était l’aéroport où leurs avions *se posaient*. La Cour d’appel fédérale a conclu que la réglementation fédérale avait défini le « système » générateur de revenus pertinent comme englobant tous ses aéroports internationaux, et que le juge de première instance avait à bon droit fondé son examen sur cet élément. Il m’apparaît qu’en l’espèce aussi, il était loisible au juge de première instance de conclure que la province avait défini le secteur de l’intérieur de la C.-B. comme étant le cadre de référence approprié pour déterminer les recettes, et que Canfor était en droit d’invoquer le système « neutre quant aux recettes » que la province avait mis en place. Comme l’a dit le juge de première instance au cours du contre-interrogatoire de M. Gairns par la Couronne :

THE COURT: . . . As I understand [Mr. Gairns] to be saying, this is the Provincial enterprise and I have plugged my numbers into the Provincial enterprise and this is the result I get. Now, have I misunderstood the evidence?

THE WITNESS [Mr. Gairns]: No, that's exactly right.

104

As stated, the Province, in the course of this lawsuit, has amended the CVP system to exclude fire damage from the "waterbed" computation. The amendment does not prejudice Canfor in this case, but it means that after a future fire the tortfeasor will have to reckon with the Province's revenue structure as he finds it. For present purposes, however, the Crown, like the licence holders, is obliged to apply and live by the statutory scheme in existence in 1992.

105

With these observations, I turn to the Crown's specific arguments on this point, all of which, it seems to me, ignore the regulatory context in which the issue of alleged loss of revenue arises.

1. Mitigation of Damages

106

The law requires a plaintiff to take reasonable steps to mitigate its loss. When mitigation yields a sum of money equal to or greater than the original loss, the plaintiff has made himself whole, and cannot claim further from the defendant. The argument is that the Crown, having successfully recouped its loss under the CVP "waterbed" effect, has no further claim. Hall J.A. accepted the application of the mitigation principle here, relying on the well-known formulation of the principle in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). In that case, the plaintiff, having lost the use of its obsolete generating equipment by reason of a breach of contract, took immediate steps to purchase more efficient generators whereby "all loss was extinguished . . . actually the respondents made a

[TRADUCTION] LA COUR : . . . Si je comprends bien ce que [M. Gairns] dit, c'est l'entreprise de la province, j'ai introduit mes chiffres dans l'entreprise de la province et voilà le résultat que j'obtiens. Est-ce que j'ai mal interprété la preuve?

LE TÉMOIN [M. Gairns] : Non, c'est exactement ça.

Comme il a été indiqué ci-dessus, la province a, au cours de la présente instance, modifié le système de PVC de façon à exclure du calcul en fonction de l'effet « stabilisateur » le dommage causé par le feu. La modification n'a pas lésé Canfor dans la présente espèce, mais cela signifie qu'à l'avenir, après un incendie, l'auteur de la faute devra tenir compte de la structure des recettes de la province telle qu'elle existe. Pour les besoins du présent pourvoi, cependant, la Couronne, comme les titulaires de permis, est obligée d'appliquer et de respecter le régime prévu par la loi applicable en 1992.

Compte tenu de ces observations, j'aborde maintenant les arguments précis de la Couronne sur ce point, lesquels, il me semble, ne prennent pas en considération le contexte réglementaire dans lequel se pose la question de la perte de recettes alléguée.

1. Limitation du préjudice

Le droit oblige le demandeur à prendre des mesures raisonnables pour limiter sa perte. Si ces mesures produisent une somme égale ou supérieure au montant initial de la perte, le demandeur a récupéré la somme qu'il avait perdue et ne peut rien réclamer au défendeur. Canfor fait valoir que la Couronne, ayant recouvré sa perte grâce à l'effet « stabilisateur » du PVC, ne peut plus rien demander. Le juge Hall a accepté l'application du principe de la limitation du préjudice en l'espèce, s'appuyant sur la formulation bien connue qui a été faite du principe dans *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Dans cette affaire, la demanderesse, qui avait perdu l'usage de son matériel désuet de production d'électricité par suite d'une rupture de contrat, a immédiatement pris des mesures pour

profit by the course they took” (p. 688). In these circumstances, Viscount Haldane observed, at pp. 690-91:

The subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business.

. . .

The transaction was not *res inter alios acta*, but one in which the person whose contract was broken took a reasonable and prudent course quite naturally arising out of the circumstances in which he was placed by the breach.

The *British Westinghouse* principle of mitigation has been extended to tort claims: *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.); *Bellingham v. Dhillon*, [1973] Q.B. 304 (C.A.); *1874000 Nova Scotia Ltd. v. Adams* (1997), 146 D.L.R. (4th) 466 (N.S.C.A.); and S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4th ed. 2004), at para. 15.730. Waddams summarizes the effect of the mitigation cases, at para. 15.800:

These considerations suggest what seems to be a test often applied, that is, whether the plaintiff could, even in the absence of the wrong, have made the disputed profit. If so, it is treated as collateral. If not, it goes to reduce the plaintiff’s loss.

See also *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

If mitigation principles were applicable here, I would agree with Hall J.A. that the CVP “water-bed” effect would have to be taken into account because, to paraphrase Viscount Haldane in *British Westinghouse*, *supra*, the CVP adjustment arose out

acheter des génératrices plus performantes de sorte que [TRADUCTION] « toute perte a été effacée [. . .] en fait, les intimées ont réalisé un bénéfice grâce aux moyens qu’elles ont pris » (p. 688). Vu les circonstances, le vicomte Haldane a fait observer ce qui suit aux p. 690-691 :

[TRADUCTION] Si l’on doit prendre en considération l’opération ultérieure, il faut qu’elle résulte des conséquences de l’inexécution et se situe dans le cours normal des affaires.

. . .

L’opération n’était pas *res inter alios acta*, mais une opération qui constituait, pour la personne dont le contrat avait été rompu, une démarche raisonnable et prudente découlant tout naturellement de la situation dans laquelle la rupture l’avait mise.

L’application du principe de limitation du préjudice énoncé dans *British Westinghouse* a été élargie aux réclamations en responsabilité civile délictuelle : *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.); *Bellingham c. Dhillon*, [1973] Q.B. 304 (C.A.); *1874000 Nova Scotia Ltd. c. Adams* (1997), 146 D.L.R. (4th) 466 (C.A.N.-É.); et S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4^e éd. 2004), par. 15.730. Waddams résume l’effet de la jurisprudence en matière de limitation du préjudice, au par. 15.800 :

[TRADUCTION] Ces considérations indiquent ce qui semble être un critère souvent appliqué, à savoir si le demandeur aurait pu, même en l’absence de faute, réaliser le bénéfice contesté. Dans l’affirmative, celui-ci est tenu pour accessoire. Dans la négative, il réduit la perte du demandeur.

Voir également *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

Si les principes régissant la limitation étaient applicables en l’espèce, je souscrirais à l’opinion du juge Hall selon laquelle l’effet « stabilisateur » du PVC doit être pris en compte parce que, pour paraphraser le vicomte Haldane dans *British*

of the consequences of Canfor's negligence and was made in the ordinary course of business. Or, in Professor Waddams' terms, the increased revenue obtained by the Crown from licensees outside the Stone Creek area under the operation of the CVP could not have been received by the Province but for the fire.

109

However, I agree with the majority of the Court of Appeal that it is difficult to frame this case in terms of mitigation. The most important contextual fact is the regulatory system. We are not determining whether a source of private revenue is collateral to, as opposed to "directly arising" from, the wrong. Mr. Gairns' testimony was that the CVP stumpage system was designed to ensure that the loss was never incurred. If there was no revenue loss, there was nothing to mitigate. A variant of the idea that the Crown never wins and the Crown never loses was incorporated into the regulatory system itself. There was no "loss" subject to after-the-fact mitigation in the sense contemplated in *British Westinghouse*.

2. The "Passing-on" Objection

110

At this point, it is convenient to mention the related "passing-on" argument made by the Crown.

111

Almost any business will have to "pass on" the impact of a business loss to its clients or customers. It is not generally open to a wrongdoer to dispute the existence of a loss on the basis it has been "passed on" by the plaintiff. Such an argument would require the court to engage in "the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result": see *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), *per* Holmes J., at p. 534; *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), at pp. 430-33; *Attorney-General for Nova Scotia v. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742 (S.C. App. Div.), at p. 752. However, if no revenue loss was

Westinghouse, précité, le rajustement du PVC résultait des conséquences de la négligence de Canfor et s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Ou, pour reprendre les propos du professeur Waddams, le supplément de recettes que la Couronne a perçu des titulaires de permis à l'extérieur de la région de Stone Creek par application du PVC n'aurait pu être obtenu par la province n'eût été l'incendie.

Toutefois, je souscris au point de vue des juges majoritaires de la Cour d'appel selon lequel il est difficile de considérer la présente espèce comme une affaire où intervient la limitation du préjudice. La réglementation constitue le fait le plus important dans le contexte. Nous ne sommes pas appelés à déterminer si une source de revenus privée est accessoire à la faute plutôt que « le résultat direct » de celle-ci. M. Gairns a témoigné que le système de PVC des droits de coupe était conçu pour garantir qu'il n'y ait jamais de perte. S'il n'y avait pas de perte de recettes, il n'y avait rien à limiter. Une variante de la notion suivant laquelle la Couronne ne gagne ni ne perd jamais a été incorporée dans la réglementation elle-même. Il n'y avait pas de « perte » susceptible de limitation après le fait dans le sens où la Chambre des Lords l'entendait dans *British Westinghouse*.

2. L'objection concernant le « transfert de la perte »

À ce point, il convient de s'arrêter à l'argument connexe avancé par la Couronne relativement au « transfert de la perte ».

Presque toutes les entreprises doivent « transférer » leurs pertes à leurs clients. Il n'est généralement pas loisible à l'auteur d'une faute de contester l'existence d'une perte au motif qu'elle a été « transférée » par le demandeur. Pareil argument obligerait la cour à entreprendre [TRADUCTION] « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu'à son aboutissement ultime » : voir *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), le juge Holmes, p. 534; *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), p. 430-433; *Attorney-General for Nova Scotia c. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742 (C.S., Div. app.), p. 752.

suffered in the first place, no loss was “passed on”, and the whole “passing-on” concept is irrelevant.

My colleague LeBel J. accepts the Crown’s argument that it need only establish loss “in the proximate sense. The courts need not”, my colleague continues, “go on to consider whether the plaintiff was able to recoup his or her losses by accessing other sources of revenue or exercising contractual or statutory rights” (para. 197). With respect, the Crown overlooks the difficulty that it failed to prove any loss in a “proximate sense” or otherwise. The courts below correctly concluded that the regulatory scheme was “revenue neutral”. There was no loss expected and none arose. The Crown cannot ignore the actual operation of the regulatory scheme when the selfsame regulatory scheme defines the Crown’s claim to lost stumpage which the experts agreed was the correct measure of its damages.

Moreover, even where a “proximate” loss is established, the courts routinely go on to consider whether a plaintiff can recoup the loss by accessing “other sources of revenue or exercising contractual . . . rights”. Contractual entitlements under collective agreements (*Ratych, supra; Cunningham, supra*), sick pay (*Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.)), private pension plans, CPP payments and other benefits discussed by my colleague LeBel J., at paras. 187 to 190, are all common instances where such consideration is given. The issue is thus not whether “other sources of revenue” can be taken into account, but whether there has been a proper analysis of the relationship between those other sources and “the loss” alleged by the plaintiff. Here the operation of the CVP is part and parcel of the pricing/revenue provisions of a legislative scheme which collectively define the Province’s entitlement.

Toutefois, si aucune perte de recettes n’a été subie, aucune n’a été « transférée » et toute notion de « transfert de la perte » devient non pertinente.

Mon collègue le juge LeBel accepte l’argument de la Couronne selon lequel le demandeur n’a à prouver que la perte représentant « une conséquence immédiate » du délit. Mon collègue ajoute ce qui suit : « Les tribunaux n’ont pas à examiner si le demandeur a pu recouvrer ses pertes grâce à d’autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ou conférés par la loi » (par. 197). En toute déférence, la Couronne oublie une difficulté : elle n’a fait la preuve d’aucune perte, qu’elle soit ou non « une conséquence immédiate » d’un délit. Les tribunaux inférieurs ont conclu avec raison que la réglementation [TRADUCTION] « n’a[vait] pas d’incidence sur les recettes ». On ne pouvait s’attendre à aucune perte et il n’y en a pas eu. La Couronne ne peut faire abstraction de l’effet véritable de la réglementation alors que cette même réglementation précise le droit de la Couronne de réclamer les droits de coupe perdus qui sont, comme les experts en conviennent, la juste mesure de son préjudice.

De plus, même si une perte « immédiate » est établie, les tribunaux examinent couramment si un demandeur peut recouvrer ses pertes « grâce à d’autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ». Les droits contractuels prévus aux conventions collectives (*Ratych, précité; Cunningham, précité*), les indemnités de maladie (*Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.)), les paiements provenant d’un régime de retraite privé, les allocations versées en vertu du RPC et les autres prestations que mentionne mon collègue le juge LeBel, aux par. 187 à 190, illustrent tous des cas où l’on envisage cette possibilité. Il ne s’agit donc pas de déterminer si « d’autres sources de revenu » peuvent être prises en compte, mais si l’on a analysé comme il se doit le rapport entre ces autres sources et « la perte » que fait valoir le demandeur. En l’espèce, l’application du PVC est un élément essentiel des dispositions relatives à l’établissement des prix et des recettes, et ces dispositions sont prévues à la réglementation qui définit globalement les droits de la province.

112

113

114 The principle embodied in the CVP that the Crown neither wins nor loses works, of course, in both directions. If the fire had not occurred, the higher stumpage rates that would have been received in the burn area would not have enured to the benefit of the Crown. They would have enured to other forest operators (including Canfor's other logging operations) in the B.C. Interior Region. The Crown's revenue entitlement stood above the fray in both good times and bad. Irrespective of the CVP swaps of VI advantages and VI disadvantages amongst forest licensees, the Crown would still have received from the B.C. Interior Region no more and no less than the "target rate" multiplied by the volume of timber logged in the region.

115 As the "passing-on" defence does not properly arise on the facts of this case there is no need to discuss it further.

3. The Loss Never Arose

116 The necessary inference from the trial judge's analysis of the Crown's revenue entitlement under the regulatory system in place in 1992, and his acceptance of Mr. Gairns' testimony, is that no loss arose in the first place. In *McGregor on Damages* (17th ed. 2003), at para. 7-097, the author says that cases of "no loss" are excluded from consideration under mitigation principles: "it may be that the benefit provided by the act of the third party prevents the loss from arising in the first place rather than reduces or eliminates a loss already incurred" (see *Ratych, supra*, at p. 981; and *Cunningham, supra*, at pp. 396 and 401, *per* Cory J., and at pp. 384-85, *per* McLachlin J.). In this case, of course, it was the action of the Province itself, in putting in place a regulatory scheme to help resolve the softwood lumber dispute with the U.S. that assured that its revenue was protected against updrafts as well as downdrafts.

4. The Rule Against Double Recovery

117 In light of the trial judge's acceptance of Mr. Gairns' testimony, the Crown's tactic to isolate the

Le principe intégré au PVC selon lequel la Couronne ne fait ni perte ni gain joue, bien entendu, dans les deux sens. N'eût été l'incendie, la Couronne n'aurait pas tiré profit des droits de coupe plus élevés perçus dans le secteur ravagé. Ces droits auraient profité à d'autres exploitants (dont Canfor pour ses autres opérations de coupe) dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. La Couronne avait droit à un flux de recettes uniforme sans égard aux aléas. Peu importe la fluctuation des IV du système de PVC alternativement avantageux et désavantageux pour les titulaires de permis d'exploitation, la Couronne aurait tout de même perçu dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. ni plus ni moins que le « taux cible » multiplié par le volume de bois récolté dans le secteur.

Comme les faits de l'espèce ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur le transfert des pertes, il n'est pas nécessaire de l'examiner plus à fond.

3. La perte ne s'est jamais matérialisée

Ce qu'il faut nécessairement inférer de l'analyse du juge de première instance en ce qui a trait au droit de la Couronne de percevoir des recettes suivant la réglementation en vigueur en 1992, ainsi que de son acceptation du témoignage de M. Gairns, c'est qu'il n'y a eu aucune perte. Dans *McGregor on Damages* (17^e éd. 2003), par. 7-097, l'auteur affirme que l'examen des principes en matière de limitation du préjudice est exclu dans les cas où il n'y a eu [TRADUCTION] « aucune perte » : « il se peut que l'effet bénéfique de l'acte du tiers prévienne une perte, au lieu de réduire ou de supprimer une perte déjà subie » (voir *Ratych*, précité, p. 981; et *Cunningham*, précité, le juge Cory, p. 396 et 401, et la juge McLachlin, p. 384-385). Dans le présent pourvoi, bien entendu, c'est la mesure prise par la province elle-même, lorsqu'elle a mis en place une réglementation destinée à résoudre le différend commercial sur le bois d'œuvre résineux avec les États-Unis, qui a fait en sorte que ses recettes soient protégées contre les fluctuations positives ou négatives.

4. La règle interdisant la double indemnisation

Étant donné que le juge de première instance a accepté le témoignage de M. Gairns, la tactique de

Stone Creek fire area from the regulatory region of which it forms a part, must be rejected as an attempt to construct a financial loss that was not in fact suffered. Some of the testimony evidencing agreement among the experts on this point has already been mentioned. Thus, Mr. Gairns noted in his report of March 5, 1999:

This [CVP] process was introduced into stumpage pricing to ensure that responses by the Ministry of Forests to verifiable local high costs, or low timber values, would not affect Provincial revenues. [Emphasis added.]

Similarly, Deloitte & Touche, for the Crown, explained in the May 13, 1999 report that if CVP is taken into account the fire did not affect provincial revenues:

[T]he [Mean Value Index] is lowered by inclusion of any low-value or fire salvage timber. A lowered MVI increases each cutting permit stumpage rate to compensate for the volume of low price timber harvested previously. This ensures that provincial revenues are not affected by low timber values. [Emphasis added.]

It is therefore clear that if the Crown were permitted to ignore its own regulatory system, and calculate a “notional” loss by treating the Stone Creek fire area in isolation, it would by collection of that amount exceed the revenue otherwise intended to be collected by its own regulatory scheme and to that extent make a windfall rather than receive fair compensation for a proven loss.

D. The Crown Says It Is Entitled to the Commercial Value of the Non-Harvestable or Protected Trees, Plus a Premium for Their Environmental Value. Canfor Says Such Trees Were Never Intended to Be Logged, and Thus Their Destruction Did Not Represent a Loss of Stumpage Income, Which Is All That the Crown, as Property Owner, Was Entitled To.

As indicated earlier, the issue of the Crown’s authority to seek damages on behalf of the public

la Couronne consistant à isoler la zone ravagée de Stone Creek du secteur réglementé dont elle fait partie doit être rejetée parce qu’elle constitue une tentative de créer une perte financière qu’elle n’a pas subie. J’ai déjà fait état des témoignages montrant que les experts sont unanimes sur ce point. Ainsi, M. Gairns a fait remarquer ce qui suit dans son rapport du 5 mars 1999 :

[TRADUCTION] Ce processus [le PVC] a été introduit dans la fixation des prix du bois pour faire en sorte que les corrections apportées par le ministère des Forêts pour tenir compte des coûts plus élevés constatés à certains endroits ou de la faible valeur du bois n’influent pas sur les recettes de la province. [Je souligne.]

De la même façon, les experts de Deloitte & Touche retenus par la Couronne ont expliqué dans leur rapport du 13 mai 1999 que si l’on tient compte du PVC, l’incendie n’a pas influé sur les recettes de la province :

[TRADUCTION] [L’inclusion de tout bois de faible valeur ou de tout bois récupéré après un incendie abaisse l’[indice de valeur moyen]. Un IVM plus bas augmente le taux des droits de coupe de chaque permis de coupe pour compenser le volume de bois de faible valeur récolté antérieurement. De la sorte, les recettes de la province ne seront pas touchées par les faibles valeurs du bois. [Je souligne.]

Il est donc clair que si l’on permettait à la Couronne de faire fi de sa propre réglementation et de calculer une perte « théorique » en prenant isolément la zone ravagée de Stone Creek, elle toucherait, avec cette somme, des recettes supérieures à celles qu’elle était censée percevoir en vertu de sa propre réglementation et, dans cette mesure, elle obtiendrait un paiement injustifié au lieu de recevoir une juste indemnisation de la perte prouvée.

D. La Couronne affirme qu’elle a droit à la valeur marchande des arbres réservés ou protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale. Canfor dit que la coupe de ces arbres n’était pas envisagée et que leur destruction ne représentait donc pas une perte des droits de coupe, soit tout ce à quoi la Couronne avait droit à titre de propriétaire foncier.

Comme je l’ai déjà indiqué, la question de savoir si la Couronne peut demander des

for environmental damage remains open for decision in a future appeal.

120

This leaves for discussion in this case whether the Crown as *landowner* can recover compensation equivalent to stumpage on the non-harvestable or protected trees and, if so, whether such damage can be measured by commercial value and, in the further alternative, whether (as discussed in the next section of these reasons) there should be added a premium over and above commercial value to reflect lost environmental benefits. As will be seen, the environmental “premium” issue is not really invoked by the Crown as an *ordinary* landowner, but contains strong overtones of its disputed role as *parens patriae*.

121

The Crown says that commercial value should be the floor of potential compensation. After all, trees that were protected were *capable* of being harvested, albeit in some areas at a cost that was totally uneconomic. The Crown says that if it had not valued the trees as worth more for their environmental value than as harvested lumber, the trees would have been harvested. On this first branch of the argument, therefore, the Crown says protected or non-harvestable trees should be valued as worth *at least* as much as harvestable trees. After all, the salvaged timber from the fire-damaged protected trees *did* produce stumpage revenue at the established commercial rate.

122

Thus, Mr. Tigchelaar, Prince George fire centre manager for the Province, testified:

... the value of [the trees in] the ES area, environmentally sensitive area, would be greater than the value of stumpage. ... [I]f it wasn't, it wouldn't have been left in reserve. So it had a greater value to be left standing than being cut.

123

I accept in principle that in setting aside environmentally sensitive areas the Province concluded that the protected trees “had a greater value ...

dommages-intérêts au nom du public pour un dommage environnemental devra être tranchée dans un futur pourvoi.

Il reste donc en l'espèce à se demander si la Couronne peut, *en qualité de propriétaire foncier*, recouvrer une indemnité équivalant aux droits de coupe relatifs aux arbres réservés ou protégés et, dans l'affirmative, si ce dommage correspond à la valeur marchande et, subsidiairement (comme nous allons le voir dans la prochaine section des présents motifs), si une indemnité additionnelle doit être ajoutée à la valeur marchande pour refléter la perte d'avantages environnementaux. Comme nous le verrons, la question de « l'indemnité additionnelle » au titre de l'environnement n'est pas vraiment soulevée par la Couronne à titre de propriétaire foncier *ordinaire*, mais elle se rattache fortement à sa qualité, par ailleurs contestée, de *parens patriae*.

Selon la Couronne, la valeur marchande représente le montant minimal de l'indemnisation éventuelle. Après tout, les arbres qui étaient protégés étaient *susceptibles* d'être récoltés, quoique dans certaines aires les coûts de récolte auraient rendu l'opération absolument non rentable. La Couronne affirme que, si elle n'avait pas estimé que la valeur environnementale des arbres était supérieure à leur valeur comme arbres récoltables, ceux-ci auraient été récoltés. Sur ce premier volet de l'argument, la Couronne soutient donc qu'il faut attribuer aux arbres protégés ou réservés une valeur *au moins* aussi élevée que celle des arbres récoltables. Après tout, le bois récupéré des arbres protégés endommagés par le feu *a de fait* rapporté des droits de coupe au taux commercial établi.

M. Tigchelaar, directeur du centre des incendies provincial de Prince George, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION] ... la valeur [des arbres] dans la ZES, la zone écosensible, est plus grande que celle du bois d'abatage. [...] [S]i elle ne l'était pas, les arbres n'auraient pas été réservés. Ils avaient donc une valeur plus grande sur pied que coupés.

J'accepte en principe qu'en établissant des zones écosensibles, la province a conclu que les arbres protégés [TRADUCTION] « avaient [...] une valeur

left standing than being cut". I also accept that the Crown should not be penalized for acting with "ecological and environmental sanity" (para. 130). On the contrary, "the fact that the owner of property does not desire to use it, or to use it to the best economic advantage, has not meant that its value is less than it would be in the hands of one who regarded it differently": *Bilambil-Terranora Pty Ltd. v. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465 (C.A.), at para. 113. See also S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at para. 1.1410.

Hall J.A. considered that it would be "out of accord with commercial reality" (para. 65) to assess the value of protected trees according to the marketplace because there is no relevant marketplace. However, if we accept as correct (as I do) the Crown's invitation to look at a "floor value" of protected trees on a "commercial basis", it still does not result in an award of damages on the facts of this case. We are simply brought back to the evidence of commercial valuation provided by the contending experts on the basis of lost stumpage. The trial judge found there was *no* lost stumpage revenue from the totality of the timber that *included* the trees in the environmentally sensitive areas, both trees growing on "steep, sensitive slopes" in the Stone Creek area, and trees growing in "riparian areas" along watercourses, including Stone Creek.

1. Steep, Sensitive Slopes

In their initial report dated February 5, 1999, the Crown's experts, Deloitte & Touche, did not assign a commercial value to trees growing on the "steep, sensitive sites" because the inaccessibility of these trees meant the cost of logging would be prohibitive. The Crown experts thus acknowledged that the Province would not in any event have received any stumpage from these trees.

Canfor's expert, on the other hand, actually calculated 1992 stumpage rates for the timber on "steep, sensitive sites", based on the use of

plus grande sur pied que coupés ». J'accepte en outre que la Couronne ne devrait pas être pénalisée pour avoir agi suivant le [TRADUCTION] « bon sens sur les plans écologique et environnemental » (par. 130). Au contraire, [TRADUCTION] « le fait que le propriétaire foncier ne veuille pas faire usage de son bien-fonds ou ne veuille pas en faire l'usage le plus rémunérateur ne signifie pas que le bien vaut moins qu'il ne vaudrait entre les mains d'un propriétaire qui l'envisage différemment » : *Bilambil-Terranora Pty Ltd. c. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465 (C.A.), par. 113. Voir aussi S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), par. 1.1410.

Le juge Hall a estimé qu'il était [TRADUCTION] « contraire à la réalité commerciale » (par. 65) d'apprécier la valeur des arbres protégés en fonction du marché étant donné qu'il n'y a pas de marché pertinent. Toutefois, si nous acceptons (ce que je fais) de considérer la « valeur marchande » comme la valeur « minimale » des arbres réservés, comme le souhaite la Couronne, l'octroi de dommages-intérêts n'est toujours pas, compte tenu des faits en l'espèce, le résultat qui s'impose. Cela nous ramène simplement à la preuve de la valeur commerciale que présentent les expertises divergentes fondées sur la perte des droits de coupe. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait eu *aucune* perte de droits de coupe à l'égard du bois qui *incluait* les arbres des zones écosensibles, tant les arbres en « terrain escarpé vulnérable » dans la zone de Stone Creek que les arbres des « aires riveraines » sur les rives des cours d'eau, y compris celles de Stone Creek.

1. Terrains escarpés vulnérables

Dans leur rapport initial du 5 février 1999, les experts de la Couronne du cabinet Deloitte & Touche n'ont pas accordé de valeur marchande aux arbres des « terrains escarpés vulnérables » parce que l'inaccessibilité de ces peuplements rendait le coût de l'abattage prohibitif. Ces experts ont donc reconnu que, de toute façon, la province n'aurait pas perçu de droits de coupe sur ces arbres.

À l'opposé, l'expert de Canfor a effectivement calculé les droits de coupe pour 1992 à l'égard du bois qui se trouvait « en terrain escarpé

124

125

126

helicopter logging methods. The cost of logging so much exceeded the value of the harvested timber as to produce, notionally, *negative* stumpage rates ranging between *minus* \$14.72 and *minus* \$17.42 per cubic metre of timber.

127 Commercial logging of steep, sensitive slopes would have been uneconomic. The attempt to apply “commercial value” to such trees would not, according to Mr. Gairns, have produced additional revenue for the Crown.

128 The Crown argued, and my colleague LeBel J. agrees, that “[t]he stumpage value of nearby, unprotected trees can serve as a proxy for the value of the destroyed trees on the steep, sensitive slopes” (para. 227). The Crown’s approach, however, ignores the expert evidence accepted by the trial judge that it was precisely the cost of extracting trees from the “steep, sensitive slopes” that gave them a negative commercial value. “[N]earby, unprotected trees” were in a more accessible location, and were therefore more profitable to cut, and therefore, unlike the trees on the steep slopes, had a positive commercial value. I do not accept the Crown’s attempt to use as a “proxy” the value of trees that, according to the expert evidence, are simply not comparable from a commercial perspective.

2. Riparian Areas

129 The Province permitted logging in riparian areas in 1992 despite the trial judge’s concern about ecological and environmental sanity.

130 Deloitte & Touche, the Crown’s experts, made a notional stumpage calculation on the basis the trees in these areas would have been harvested based on the same allocation and timing as the timber in surrounding areas. Mr. Gairns also included in his March 5th report “the areas in the riparian areas because they would have been harvested under 1992

vulnérable », selon les méthodes de récolte par hélicoptère. Le coût de l’abattage dépassait à tel point la valeur du bois récolté qu’il aurait donné, théoriquement, des taux de droits de coupe *négatifs* allant de *moins* 14,72 \$ à *moins* 17,42 \$ le mètre cube de bois.

L’exploitation commerciale des terrains escarpés vulnérables n’aurait pas été rentable. La tentative d’application de la « valeur marchande » à ces arbres n’aurait pas produit de recettes additionnelles pour la Couronne, d’après M. Gairns.

La Couronne a fait valoir, et mon collègue le juge LeBel accepte cet argument, que « [l]a valeur des droits de coupe établie à l’égard des arbres récoltables dans les aires voisines peut être indicateur de la valeur des arbres détruits qui se trouvaient en terrain escarpé vulnérable » (par. 227). Dans la démarche qu’elle préconise cependant, la Couronne fait abstraction des témoignages des experts acceptés par le juge de première instance et selon lesquels c’est précisément le coût d’extraction des arbres « en terrain escarpé vulnérable » qui donnait à ces arbres une valeur marchande négative. Les « arbres récoltables dans les aires voisines » étaient plus accessibles et, donc, plus rentables et par conséquent, contrairement aux arbres en terrain escarpé, ils avaient une valeur marchande positive. Je n’accepte pas la tentative de la Couronne d’utiliser comme « indicateur » la valeur d’arbres qui, selon les experts, ne sont simplement pas comparables d’un point de vue commercial.

2. Aires riveraines

En 1992, la province permettait l’exploitation forestière dans les aires riveraines même si le juge de première instance s’est demandé si cette exploitation était sensée sur les plans écologique et environnemental.

Les experts de la Couronne, le cabinet Deloitte & Touche, ont fait un calcul théorique des droits de coupe en supposant que les arbres de ces aires auraient été récoltés selon la même répartition et le même calendrier que le bois des aires voisines. M. Gairns a lui aussi inclus dans son rapport du 5 mars [TRADUCTION] « les aires riveraines, étant donné

rules". The trial judge therefore had before him conflicting evidence about "the commercial value" of the protected trees in the riparian areas. He accepted Mr. Gairns' calculations, already discussed, which showed that any loss in the commercial value of expected stumpage revenue was more than offset by the receipt of accelerated payments for the immediate harvest of salvage timber. There was no revenue shortfall. This is not to say that stumpage money is a satisfactory substitute for forest areas preserved for environmental purposes. It is merely to say that if the Crown wishes to assert *commercial* value as a benchmark, a finding by the trial judge that in fact there was no *commercial* loss precludes an award of damages on that basis: *Ratych, supra*, at p. 981.

E. *The Crown's Claim to an Environmental Premium With Respect to the Non-Harvestable Trees*

The Crown sought commercial value of the non-harvestable trees plus a premium of 20 percent, which the Crown concedes is "necessarily somewhat arbitrary", but is said to be "on the low end of the reasonable range". The claim thus formulated would value the loss of the protected trees at \$1,481,452.79 (auction value) or \$736,352.53 (stumpage value).

The provincial Crown's position is supported by the federal Crown, who argues that excessive focus on market values is inappropriate when attempting to assess and quantify damages to the environment (quoting *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (D.C. Cir. 1989), at pp. 462-63):

While it is not irrational to look to market price as *one* factor in determining the use value of a resource, it is unreasonable to view market price as the *exclusive* factor, or even the predominant one. From the bald eagle to the blue whale and snail darter, natural resources have

que le bois y aurait été récolté suivant les règles de 1992 ». Le juge de première instance disposait donc de preuves contradictoires quant à la « valeur marchande » des arbres protégés dans les aires riveraines. Il a accepté les calculs de M. Gairns expliqués ci-dessus, qui montraient que toute perte de la valeur marchande des droits de coupe anticipés était plus que compensée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré. Il n'y avait pas de manque à gagner. Ce qui ne veut pas dire que la somme tirée des droits de coupe soit un substitut satisfaisant pour les aires forestières réservées à des fins environnementales. Cela veut simplement dire que, si la Couronne souhaite s'appuyer sur la valeur *marchande* comme point de référence, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a eu aucune perte *commerciale* empêche d'accorder des dommages-intérêts à ce titre : *Ratych*, précité, p. 981.

E. *La demande d'indemnité additionnelle pour le préjudice environnemental présentée par la Couronne à l'égard des arbres réservés*

La Couronne a réclamé la valeur marchande des arbres réservés plus une indemnité additionnelle de 20 pour 100 qui, a-t-elle concédé, est [TRADUCTION] « nécessairement un peu arbitraire », mais qui serait « un minimum raisonnable ». La demande ainsi formulée fixerait la valeur de la perte des arbres protégés à 1 481 452,79 \$ (valeur aux enchères) ou à 736 352,53 \$ (la valeur des droits de coupe).

La position de la Couronne du chef de la province est appuyée par la Couronne du chef du Canada, qui soutient qu'il n'est pas approprié d'accorder une importance exagérée à la valeur marchande dans l'appréciation et la quantification des dommages environnementaux (repris de *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (D.C. Cir. 1989), p. 462-463) :

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas contre la logique de prendre en considération la valeur marchande pour évaluer une ressource, il est déraisonnable de tenir la valeur marchande pour le facteur *exclusif* ou même le facteur prédominant. De l'aigle à tête blanche au rorqual bleu

131

132

values that are not fully captured by the market system. [Emphasis in original.]

133 Canfor agrees that claims for environmental loss are possible but says the Crown's claim in this case is grounded neither in the pleadings nor in the evidence. I conclude that Canfor's objection in these respects is well founded.

134 In terms of pleading, the provincial Crown rested its entire case for environmental loss on an added claim in its Further Amended Statement of Claim for compensation for "diminution of the value of the timber impacted by the Stone Fire". No linkage is drawn in the pleadings to, for example, fish habitat or biodiversity.

135 The Crown's basic proposition that our environment is an asset of superordinate importance that cannot precisely be quantified by its market value is not seriously disputed. The Ontario Law Reform Commission made the point as follows:

Many writers in the environmental field state that the market price, even if it existed, cannot be considered an adequate proxy for the true economic value of an environmental resource. Adherence to the market value technique, it is argued, seriously undervalues the true worth of the environmental resource, results in a low assessment of damages, and leaves injuries largely uncompensated. . . . As one American author stated, the "value of the famous Lone Cypress of Monterey Peninsula cannot be reduced to its price as lumber".

(*OLRC Report, supra*, at pp. 37-38)

136 Even Mr. Gairns acknowledged that "nobody in their right mind would value Stanley Park on the basis of stumpage revenue that could be obtained from the trees".

137 Canfor argues the Court of Appeal was wrong, at paras. 74-75, to infer from what the trial judge said at para. 130 about "ecological and environmental sanity" that he was making a finding of actual

et au poisson-escargot, les ressources naturelles ont une valeur que le régime de marché ne peut refléter pleinement. [En italique dans l'original.]

Canfor reconnaît que les demandes d'indemnité pour perte environnementale sont possibles, mais dit que la réclamation de la Couronne en l'espèce est dénuée de fondement tant au regard des actes de procédure qu'au regard de la preuve. Je conclus que cette prétention de Canfor est bien fondée.

Dans les actes de procédure, la Couronne du chef de la province a fait reposer toute sa demande relative à la perte environnementale sur une réclamation, ajoutée par sa déclaration re-modifiée, d'une indemnité pour la [TRADUCTION] « diminution de la valeur du bois touché par l'incendie de Stone [Creek] ». Les actes de procédure n'établissent aucun lien avec, par exemple, l'habitat du poisson ou la biodiversité.

L'argument de base de la Couronne, selon lequel notre environnement est un bien d'importance supérieure qui ne saurait se mesurer exactement par sa valeur marchande, n'est pas sérieusement contesté. La Commission de réforme du droit de l'Ontario l'a souligné en ces termes :

[TRADUCTION] Nombre d'auteurs dans le domaine de l'environnement affirment que la valeur marchande, quand il en existe une, ne saurait être considérée comme un juste indicateur de la véritable valeur économique du patrimoine naturel. L'adhésion à la méthode de la valeur marchande, selon eux, sous-estime gravement la véritable valeur du patrimoine naturel, aboutit à une sous-évaluation des dommages-intérêts et fait en sorte que le préjudice reste en grande partie non réparé. [. . .] Comme le disait un auteur américain, la « valeur du célèbre Lone Cypress de la péninsule de Monterey ne saurait se mesurer au prix qu'on paierait pour son bois ».

(*OLRC Report, op. cit.*, p. 37-38)

Même M. Gairns a reconnu que [TRADUCTION] « nulle personne sensée n'évaluerait le parc Stanley en fonction des droits de coupe que ses arbres pourraient rapporter ».

Canfor soutient que c'est à tort que la Cour d'appel a, aux par. 74-75, inféré des propos du juge de première instance au par. 130 concernant le [TRADUCTION] « bon sens sur les plans écologique

damage. I disagree. In reading the trial judgment as a whole, it is clear Wilson J. made a finding that the fire damage had both commercial and environmental dimensions. It could hardly be otherwise after a blaze that covered 1,491 hectares. The trial judge's problem was that he was not given the tools to quantify the "ecological or environmental" loss. The Court of Appeal tried to finesse the issue of quantification by awarding one third of the commercial value. However, as discussed, the evidence accepted by the trial judge was that the commercial value was zero. One third of zero is still zero.

The Crown is well aware of the range and identity of evidence (both expert and non-expert) that could be marshalled in support of a claim for environmental loss. At paras. 64-66 of its factum in this Court, the Crown identified at least three components of environmental loss: use value, passive use or existence value, and inherent value.

"Use value" includes the services provided by the ecosystem to human beings, including food sources, water quality and recreational opportunities. Even if the public are not charged for these services, it may be possible to quantify them economically by observing what the public pays for comparable services on the market.

F. B. Cross, "Natural Resource Damage Valuation" 42 *Vanderbilt L.R.* 269 (1989) at pp. 281-292; *OLRC Report, supra*, ch. 3

"Passive use" or "existence" value recognizes that a member of the public may be prepared to pay something for the protection of a natural resource, even if he or she never directly uses it. It includes both the psychological benefit to the public of knowing that the resource is protected, and the option value of being able to use it in the future. The branch of economics known as "contingent valuation" uses survey techniques to attempt to quantify what the public would be prepared to pay to maintain these benefits. [Emphasis added.]

et environnemental » que ce dernier concluait à l'existence de dommages concrets. Je ne suis pas d'accord. Il ressort à l'évidence de l'ensemble du jugement de première instance que le juge Wilson a conclu que le dommage causé par le feu avait des dimensions à la fois commerciales et environnementales. Il pourrait difficilement en être autrement après un incendie qui a détruit 1 491 hectares. La difficulté pour le juge de première instance tenait au fait que le dossier ne lui donnait aucun moyen de quantifier la perte « écologique ou environnementale ». La Cour d'appel a tenté de trancher la question de la quantification en accordant un tiers de la valeur marchande. Cependant, comme je l'ai indiqué précédemment, la preuve acceptée par le juge de première instance avait établi la valeur marchande à zéro. Un tiers de zéro donne toujours zéro.

La Couronne est bien consciente de l'ampleur et de la nature de la preuve (tant d'experts que de profanes) qu'il faudrait présenter pour étayer une réclamation pour une perte environnementale. Aux paragraphes 64 à 66 de son mémoire devant notre Cour, la Couronne a énuméré au moins trois éléments d'une perte environnementale : la valeur de jouissance, la valeur de jouissance passive ou d'existence et la valeur intrinsèque.

[TRADUCTION] La « valeur de jouissance » inclut les services fournis aux humains par l'écosystème, notamment les sources de nourriture, la qualité de l'eau et les possibilités récréo-touristiques. Même si le public n'a pas à payer pour ces services, il est possible de mesurer leur valeur économique en observant le prix que paie le public pour des services comparables sur le marché.

F. B. Cross, « Natural Resource Damage Valuation » 42 *Vanderbilt L.R.* 269 (1989) p. 281-292; *OLRC Report, op. cit.*, ch. 3

La « valeur de jouissance passive ou d'existence » reconnaît qu'un membre du public peut être disposé à payer un prix pour la protection d'une ressource naturelle, même s'il ne l'utilise jamais directement. Elle comprend tant l'avantage psychologique pour le public de savoir que la ressource est protégée que la valeur qu'offre la possibilité d'en jouir ultérieurement. Une méthode de l'analyse économique appelée « évaluation contingente » utilise la technique des enquêtes pour chercher à mesurer ce que le public serait prêt à payer pour préserver ces avantages. [Je souligne.]

Cross, “Natural Resource Damage Valuation”, *supra*, at pp. 285-292; K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993) at p. 3ff; *OLRC Report, supra*, at p. 47ff.

Finally, an ecosystem may be said to have an “inherent value” beyond its usefulness to humans. Those who invoke inherent value argue that ecosystems should be preserved not just for their utility to humans, but because they are important in and of themselves. . . . [T]o the extent humans recognize this inherent value, and are willing to forego income or wealth for it, it becomes a part of passive use value and becomes compensable.

Cross, “Natural Resource Damage Valuation”, at pp. 292-297.

139

In the *OLRC Report, supra*, the Ontario Law Reform Commission contains many helpful observations including, at pp. 30-31:

. . . although a person may never have visited Algonquin Park or the Rocky Mountains, he may want to do so some day and, consequently, may value the preservation of these sites. . . . In well-established private markets, as, for example, the market for agricultural commodities, traders will frequently pay a significant sum of money for an option on the right to use a product.

. . .

. . . Bequest value is willingness to pay for the satisfaction associated with endowing succeeding generations with the environmental asset. For example, even though an individual has no intention of ever visiting the Cabot Trail in Cape Breton or of camping in the Northwest Territories, this person may desire that her descendants have the opportunity to enjoy these resources.

140

The inclusion of passive-use values was upheld in the context of *CERCLA* (Superfund) by the Court of Appeals for the District of Columbia in *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior, supra*, provided, the court added, such values could be reliably measured. The issue of reliable measurement

Cross, « Natural Resource Damage Valuation », précité, p. 285-292; K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (Washington, D.C. : National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993) p. 3 et suivantes; *OLRC Report, op. cit.*, p. 47 et suivantes.

Finalement, on peut affirmer qu'un écosystème a une « valeur intrinsèque » sans égard à son utilité pour les humains. Ceux qui invoquent la valeur intrinsèque prétendent que les écosystèmes doivent être préservés non seulement à cause de leur utilité pour les humains, mais encore en raison de leur importance en soi. [. . .] [D]ans la mesure où les humains reconnaissent cette valeur intrinsèque et sont prêts à renoncer à des revenus ou à des richesses en échange, elle fait dès lors partie de la valeur d'usage passif et peut faire l'objet d'indemnisation.

Cross, « Natural Resource Damage Valuation », p. 292-297.

Dans le *OLRC Report, op. cit.*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario fait un certain nombre d'observations utiles dont celles-ci aux p. 30-31 :

[TRADUCTION] . . . une personne peut n'avoir jamais visité le parc Algonquin ou les montagnes Rocheuses, mais elle peut vouloir le faire un jour et, par conséquent, elle peut attacher de l'importance à la préservation de ces sites. [. . .] Sur les marchés privés bien établis, tels ceux des produits agricoles par exemple, les négociants paieront fréquemment un montant important pour une option sur le droit d'utiliser un produit.

. . .

. . . La valeur de legs est la volonté de payer pour la satisfaction que procure la transmission de biens environnementaux aux générations futures. Par exemple, bien qu'une personne n'ait pas l'intention de jamais visiter la Piste Cabot à l'île du Cap-Breton ou de faire du camping dans les Territoires du Nord-Ouest, elle peut désirer que ses descendants aient la possibilité de profiter de ces ressources.

L'inclusion des valeurs de jouissance passive a été confirmée dans le contexte de la *CERCLA* (la loi Superfund) par la Cour d'appel du district de Columbia dans *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, précité, à la condition, d'ajouter le tribunal, que ces valeurs puissent être mesurées de

(together with proper pleading) lies at the root of the present appeal.

The Crown also demonstrates in its factum (at para. 71) an awareness of some of the types of factual evidence that might lay the basis for appropriate valuation methodologies:

- The nature of the wildlife, plants and other organisms protected by the environmental resource in question, and in particular whether rare or commercially valuable species are put at risk by damage or destruction of the ecosystem.
- The uniqueness of the ecosystem from a biological perspective.
- The environmental services provided by the resource, such as water quality and erosion control.
- The recreational opportunities afforded by the resource.
- The subjective or emotional attachment of the public to the damaged or destroyed area.

The difficulty, however, is that no evidence was led on these points. The Crown, for example, refers to the “contingent valuation” (“CV”) technique (at para. 72 of its factum), a method also endorsed by the Federal Attorney General (see factum of the Attorney General of Canada, at para. 32). Contingent valuation is a type of opinion poll that asks individuals according to established survey techniques what they would have paid to preserve, or what they would pay to restore, the Stone Creek area, including some old growth trees, fish habitat, clean water, wildlife, recreational potential, and so on. These are all “costs” which are not captured by a stumpage fee calculation. However, the Crown offered no such evidence for the trial court’s consideration, even as it might relate to “diminution of the value of the timber”. Had such evidence been offered, of course, Canfor would have had an opportunity to explore some of the “CV” technique’s supposed frailties. Responses to CV surveys sometimes seem implausibly large. As a U.S. study points out,

façon fiable. La question de la mesure fiable (ajoutée à l’exposé convenable de la demande dans les actes de procédure) est un aspect fondamental du présent pourvoi.

La Couronne montre également dans son mémoire (par. 71) qu’elle est consciente du genre de preuves factuelles susceptibles de servir de fondement à une méthode d’évaluation appropriée :

[TRADUCTION]

- La nature de la faune, de la flore et des autres organismes protégés par la ressource environnementale en question, et en particulier si des espèces rares ou ayant une valeur marchande sont mises en danger par la détérioration ou la destruction de l’écosystème.
- Le caractère unique de l’écosystème du point de vue biologique.
- Les avantages environnementaux qu’offre la ressource, tels que la qualité de l’eau et les obstacles à l’érosion.
- Les possibilités récréo-touristiques qu’offre la ressource.
- L’attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite.

Le problème, cependant, c’est qu’aucune preuve n’a été présentée sur ces points. Ainsi, la Couronne mentionne la méthode de [TRADUCTION] « l’évaluation contingente » (« EC ») (au par. 72 de son mémoire), une méthode que le procureur général fédéral accepte aussi (voir son mémoire au par. 32) et qui est un type d’enquête au cours de laquelle on demande à des personnes, selon des techniques d’enquête établies, ce qu’elles auraient été prêtes à payer pour préserver, ou ce qu’elles seraient prêtes à payer pour restaurer l’aire forestière de Stone Creek, y compris des arbres anciens, l’habitat du poisson, une eau propre, la faune et la flore, le potentiel récréo-touristique, et quoi d’autre encore. Ce sont tous des « coûts » que ne prend pas en compte le calcul des droits de coupe. Toutefois, la Couronne n’a soumis à l’appréciation du juge de première instance aucune preuve de cette nature, même pas quant à la « diminution de la valeur du bois ». Il va de soi que si une telle preuve avait été présentée, Canfor aurait eu l’occasion d’examiner certaines des supposées

141

142

respondents are not always aware of the “budget constraints under which all must operate”; “it is difficult in CV surveys to provide adequate information to respondents about the policy or program for which values are being elicited and to be sure they have absorbed and accepted this information as the basis for their responses; . . . respondents in CV surveys may actually be expressing feelings about public spiritedness or the ‘warm glow’ of giving, rather than actual willingness to pay for the program in question”: see K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (1993), at p. 10, and generally at pp. 9-10.

lacunes de la méthode de l’« EC ». Les réponses aux enquêtes menées suivant cette méthode semblent parfois attribuer des valeurs invraisemblablement élevées. Comme le fait remarquer une étude américaine, les répondants ne sont pas toujours conscients des [TRADUCTION] « compressions budgétaires auxquelles chacun est soumis »; « il est difficile dans les enquêtes EC de donner aux répondants des renseignements suffisants concernant la politique ou le programme auquel on leur demande d’attribuer une valeur monétaire et d’être sûr qu’ils ont compris et pris en considération ces renseignements en formulant leur réponse; [. . .] les répondants dans les enquêtes EC vont peut-être en fait se prononcer sur la bienveillance du public ou manifester le “plaisir” de donner, au lieu d’indiquer ce qu’ils sont disposés à contribuer au programme en question » : voir K. Arrow et autres, *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (1993), p. 10 et, de façon générale, aux p. 9-10.

143 Other valuation techniques have been put forward including travel cost valuation (e.g., what would you have paid to visit Stone Creek before as opposed to after the fire?) and hedonic valuation of environmental qualities (e.g., what premium are homeowners willing to pay for environmental benefits such as clean air?).

D’autres méthodes d’évaluation ont été proposées, dont l’évaluation des frais de déplacement (par exemple : « Qu’auriez-vous été prêt à payer pour visiter Stone Creek avant l’incendie plutôt qu’après? ») et l’évaluation hédonique des qualités environnementales (par exemple : « Quel supplément les propriétaires fonciers sont-ils prêts à payer pour des avantages environnementaux tels que l’air pur? »).

144 Even this short reference to some of the burgeoning literature on the assessment of environmental loss shows, I think, that the Crown’s claim to an environmental “premium” of 20 percent of commercial value is overly arbitrary and simplistic. Less arbitrary techniques, which may or may not win eventual support in the courts, are available and will have to be carefully considered when and if properly presented.

Même ces quelques extraits de la documentation de plus en plus abondante sur l’évaluation de la perte environnementale montrent, je pense, que la prétention de la Couronne à l’égard d’une « indemnité additionnelle » de 20 pour 100 de la valeur marchande est trop arbitraire et simpliste. Des méthodes moins arbitraires, que les tribunaux finiront peut-être ou non par admettre, existent et devront être étudiées avec circonspection quand elles seront valablement présentées.

145 The Crown now argues that the “courts should resist placing overwhelming and inefficient burdens of complexity and expense on government plaintiffs seeking to prove such damage to a civil standard” (para. 60 of its factum). If by this the Crown means that the courts should not strangle

La Couronne soutient maintenant que [TRADUCTION] « les tribunaux doivent se garder d’imposer une charge excessivement et inutilement complexe et coûteuse à l’État demandeur qui cherche à prouver un tel dommage selon une norme civile » (par. 60 de son mémoire). Si la

legitimate claims that are properly pleaded because of overly technical objections to novel methods of assessment, I agree to the extent this can be done with fairness to both sides. I do not, however, agree that the Crown can succeed in an unpleaded claim for “ecological” or “environmental” damage simply because the Crown on this issue occupies the moral high ground. The Court and the alleged wrongdoer are entitled to require the Crown to adduce a proper evidentiary basis. Such evidence would be subject to cross-examination. Citation of articles in scholarly journals at this late stage is no substitute for evidence.

Our trial and appellate courts have routinely accepted environmental concerns as legitimate factors in the assessment of damages. For example, in *R.E.F. Homes, supra*, the Ontario Court of Appeal held that it was appropriate to take into account the passive-use value of the roadside trees that had been destroyed.

In *Soutzo v. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL), the Alberta Court of Appeal awarded damages for trees lost by fire *plus* damage for temporary loss of use and temporary loss of aesthetic value. In *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, the British Columbia Court of Appeal upheld an award of damages for the destruction of trees on a country property despite proof that in *market* terms the financial value of the property had not been affected. See also *Chappell v. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137 (Ont. H.C.J.).

Of course, in none of these cases did the claims approach the almost \$1.5 million sought for environmental loss in this case, and the valuation issues were not explored in great detail. The valuation of a few trees plucked from a leafy urban boulevard poses fewer problems than valuing the

Couronne veut dire par là que les tribunaux ne doivent pas paralyser les demandes légitimes présentées comme il se doit en opposant des objections excessivement techniques aux méthodes d'évaluation nouvelles, je suis d'accord dans la mesure où cela peut être fait avec équité pour les deux parties. Toutefois, je n'accepte pas que la Couronne puisse avoir gain de cause en ce qui concerne une demande non plaidée pour un préjudice « écologique » ou « environnemental », simplement parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable. Le tribunal et le présumé auteur de la faute ont le droit d'exiger que la Couronne étaye sa position par des éléments de preuve. Ces éléments de preuve feraient l'objet d'un contre-interrogatoire. Le renvoi à des articles de revues savantes à ce stade tardif ne saurait remplacer des éléments de preuve.

Nos tribunaux, tant en première instance qu'en appel, ont couramment admis que les préoccupations environnementales représentent des éléments légitimes de l'appréciation des dommages-intérêts. Par exemple, dans *R.E.F. Homes*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'il convenait de tenir compte de la valeur de jouissance passive des arbres en bordure de la route qui avaient été détruits.

Dans *Soutzo c. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a accordé une indemnité pour des arbres détruits par le feu et *en plus* une indemnité pour la perte de jouissance temporaire et pour la perte de valeur esthétique. Dans *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu l'octroi de dommages-intérêts pour la destruction d'arbres d'une propriété à la campagne, même s'il avait été établi que la valeur *marchande* de la propriété n'avait pas été diminuée. Voir également *Chappell c. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137 (H.C.J. Ont.).

Bien entendu, dans aucune de ces décisions, la demande d'indemnité n'approchait la somme de presque 1,5 million de dollars réclamée au titre de la perte environnementale dans la présente espèce, et les questions d'évaluation n'y ont pas été étudiées de près. L'évaluation de quelques

146

147

148

environmental benefit of 1,491 hectares of trees clothing the slopes and valleys of the B.C. Interior.

arbres soustraits au dais de feuillage d'un boulevard urbain pose moins de problèmes que l'estimation de l'avantage environnemental procuré par les 1 491 hectares d'arbres couvrant les collines et vallées du secteur de l'intérieur de la C.-B.

149 Reference was made by the trial judge to damage to fish habitat and water quality, but the extent of this damage was not addressed in the evidence and no basis for its valuation was advanced by Deloitte & Touche or by Mr. Gairns. To the extent the claim includes compensation for loss of recreational use, for example, we do not know what recreational use was made of the burnt area. In any event, as stated, the Crown limited its claim to "diminution of the value of the timber" (emphasis added).

Le juge de première instance a mentionné le dommage causé à l'habitat du poisson et à la qualité de l'eau, mais la mesure de ce dommage n'a pas été établie par la preuve et ni Deloitte & Touche ni M. Gairns n'ont présenté d'éléments permettant de l'apprécier. Dans la mesure où la demande vise une indemnité pour la perte d'usage récréatif, par exemple, nous ignorons quel usage récréatif était fait de la zone ravagée par le feu. De toute façon, comme je l'ai déjà indiqué, la Couronne a limité sa demande d'indemnité à la « diminution de la valeur du bois » (je souligne).

150 It is true that we know there were trees growing in the ESAs, and that they were destroyed by Canfor's negligence. No expert was called to extrapolate these bare facts into a "20 percent premium", even as a matter of educated guesswork. No persuasive basis was given to expand the Crown's claim in *this case at this stage* from landowner to *parens patriae*.

Il est vrai que nous savons que des arbres poussaient dans les ZES et qu'ils ont été détruits par la négligence de Canfor. Aucun expert n'est venu extrapoler, sur ces seuls faits, un « supplément de 20 pour 100 », même en usant de son flair professionnel. Aucune raison convaincante n'a été avancée pour élargir, dans *la présente* espèce et à *ce stade*, la réclamation de sorte que la Couronne puisse la présenter tant en sa qualité de *parens patriae* qu'en sa qualité de propriétaire foncier.

151 The Crown alludes to principles of "general damages" developed in personal injury cases, and cites such authorities as *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, but principles governing non-pecuniary loss where "what has been lost is incapable of being replaced in any direct way" and thus money is given as "solace for his misfortune" (*Andrews*, at p. 262) do not fit easily with renewable forest resources. In any event, the courts are not at the point of abandoning the search for more precise measures of loss and rational (though perhaps indirect) techniques of assessment of environmental losses.

La Couronne fait allusion aux principes régissant les « dommages-intérêts généraux » élaborés dans les décisions en matière de préjudice corporel et elle cite des précédents tels que *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, mais les principes régissant l'indemnisation de la perte non pécuniaire quand « cette perte ne peut en aucune façon être réparée directement » et que, par conséquent, une somme est accordée à la victime à titre de « consolation [. . .] pour ses malheurs » (*Andrews*, p. 262) ne sont pas facilement applicables aux ressources forestières renouvelables. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ne sont pas sur le point d'abandonner la recherche de moyens plus précis pour mesurer la perte ainsi que de méthodes rationnelles (bien que peut-être indirectes) d'évaluation des pertes environnementales.

I accept the admonition in *Penvidic Contracting, supra*, that a valid claim is not to be defeated by the difficulty of estimating damages, but unless more assistance is given a trial judge to value the environmental loss than was given in this case, I conclude that the award to the Crown in this case not only nears “the outer parameters of the possibility of estimation”, as stated by the Court of Appeal at para. 75, but exceeds it. There was, with respect, no demonstrated error in the trial judge’s rejection of the “environmental premium”: *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430.

It is open to the Crown to prove values for environmental harms not reflected in commercial value (“the premium”), but this was not done. It is neither appropriate nor necessary to pronounce on the specific methodology that could be employed in valuation of environmental losses. This is a matter to be explored by the appropriate experts at trial.

The trial judge rejected the Crown’s claim for “environmental loss” on the facts of this case and, on the record, I think he was right to do so.

F. *Canfor Says That Our Law Does Not Provide for “Environmental Damages” as Claimed in This Case, and That Any Change in the Law Should Be Made by the Legislators, if They Think It Wise to Do So, Not the Courts.*

I do not accept that there is anything so peculiar about “environmental damages” as to disqualify them from consideration by the Court. The legislatures may choose to bring in a statutory regime to address environmental loss as was done in the United States’ *CERCLA* mentioned earlier. The *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 40, and the *Transportation of Dangerous Goods Act, 1992*, S.C. 1992, c. 34,

Je fais mienne la mise en garde énoncée dans *Penvidic Contracting*, précité, selon laquelle une demande d’indemnité valable ne doit pas être écartée en raison de la difficulté à évaluer les dommages; mais à moins que le juge de première instance ne se voit prêter une aide plus grande que celle qu’il a reçue dans la présente instance pour évaluer la perte environnementale, je conclus que l’indemnité accordée à la Couronne en l’espèce se rapproche non seulement de [TRADUCTION] « la limite des possibilités d’estimation », pour reprendre la locution employée par la Cour d’appel au par. 75, mais elle la franchit. En toute déférence, il n’a pas été démontré que le juge de première instance a commis une erreur en refusant une « indemnité additionnelle au titre de l’environnement » : *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430.

Il est loisible à la Couronne de prouver la valeur pécuniaire de préjudices environnementaux que ne reflète pas la valeur marchande (« l’indemnité additionnelle »), mais elle ne l’a pas fait en l’espèce. Il n’est ni approprié ni nécessaire de se prononcer sur la méthode précise qui aurait pu être utilisée pour l’évaluation des pertes environnementales. Il s’agit d’une question qu’il appartient aux experts compétents d’examiner en première instance.

Le juge de première instance a rejeté la réclamation de la Couronne relative à une « perte environnementale » au regard des faits de l’espèce et, au vu du dossier, je pense qu’il a eu raison de le faire.

F. *Canfor dit que notre droit ne prévoit pas la possibilité de réclamer des « dommages-intérêts environnementaux » comme c’est le cas en l’espèce, et qu’il appartient au législateur, s’il l’estime souhaitable, et non aux tribunaux, de modifier le droit.*

Je n’accepte pas l’idée que les « dommages-intérêts environnementaux » soient à ce point particuliers que notre Cour ne puisse examiner cette question. Les élus peuvent choisir d’encadrer la perte environnementale dans un régime législatif comme on l’a fait aux États-Unis avec la *CERCLA* mentionnée précédemment. L’article 40 de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, et l’al. 34(1)b) de la *Loi*

152

153

154

155

s. 34(1)(b), authorize compensation to persons or to the relevant government department: see J. Benidickson, *Environmental Law* (2nd ed. 2002), at pp. 187-89. However, there is no relevant legislation yet passed in British Columbia. That said, there is no reason to neglect the potential of the common law, if developed in a principled and incremental fashion, to assist in the realization of the fundamental value of environmental protection. However, the Court cannot act on generalizations and unsupported assertions. In the absence of statutory intervention, the Court must proceed cautiously. We do not have the basis in this record to proceed further at this time.

V. Disposition

156

The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed. The decision of the trial judge is restored, with costs both in this Court and in the Court of Appeal. The award of costs at trial is unchanged.

The reasons of Bastarache, LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Background

157

I have had the pleasure of reading the reasons of my colleague. I must respectfully disagree with him on two major issues. The first area of disagreement relates to the problem of double recovery, or “passing on”. Unlike my colleague, I conclude the Province of British Columbia should recover damages for the harvestable trees destroyed in the forest fire, despite the presence of the Comparative Value Pricing (“CVP”) system. Secondly, I would allow the Province to recover damages for the non-harvestable trees in the Environmentally Sensitive Areas (“ESAs”), both in the riparian zones and on the steep slopes. These trees have intrinsic value at least equal to their commercial value, despite their non-commercial use. In the absence of better evidence, I accept B.C.’s contention that the value of nearby harvestable trees can serve as a yardstick to

de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses, L.C. 1992, ch. 34, autorisent l’indemnisation des personnes ou des institutions publiques visées : voir J. Benidickson, *Environmental Law* (2^e éd. 2002), p. 187-189. Toutefois, aucune loi en ce sens n’a encore été adoptée en Colombie-Britannique. Cela dit, il n’y a aucune raison de négliger la possibilité que la common law, si elle évolue de façon progressive et conforme aux principes, contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu’est la protection de l’environnement. La Cour ne peut cependant pas s’autoriser de généralisations et d’assertions non étayées pour intervenir. En l’absence de dispositions législatives, la Cour doit user de circonspection. Dans le présent pourvoi, le dossier ne nous permet pas de pousser plus loin l’examen pour l’instant.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La décision du juge de première instance est rétablie, avec dépens tant devant notre Cour que devant la Cour d’appel. L’adjudication des dépens à l’instruction est maintenue.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Contexte

J’ai pu prendre connaissance des motifs de mon collègue. Avec égards, je me dois d’exprimer mon désaccord sur deux questions principales. Premièrement, je ne partage pas son avis sur le problème de la double indemnisation ou du « transfert de la perte ». Contrairement à mon collègue, je conclus que la province de la Colombie-Britannique a droit à un dédommagement pour les arbres récoltables détruits par le feu de forêt, malgré l’existence du système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative — le système de « PVC ». Deuxièmement, je permettrais à la province de recouvrer des dommages-intérêts à l’égard des arbres réservés des zones écosensibles — les arbres des « ZES » —, tant pour ce qui est des aires riveraines que des terrains escarpés. Ces arbres ont une valeur intrinsèque au moins égale à leur valeur marchande,

measure the value of the trees on the steep slopes, and Canfor's own expert report already includes the commercial value for the non-harvestable trees in the riparian zones. As a result, I would allow the cross-appeal of the respondent and I would dismiss the appeal of Canfor.

I am generally in accordance with the majority on the issue of standing, but I feel I must make the following additional comment. My colleague speaks of the importance of the Crown's *parens patriae* jurisdiction, and argues that it should not be attenuated by a narrow judicial construction (para. 76). Unfortunately, he then goes on to adopt just such a narrow judicial construction by limiting the Crown's entitlement in this particular case to entitlement "in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest" (para. 83). In my view, the fact that the Crown is trying to recover commercial value, or using commercial value as a proxy for the recovery of damages, should not limit the Crown's *parens patriae* jurisdiction. The Crown, in seeking damages, is still fulfilling its general duty, its *parens patriae* function to protect the environment and the public's interest in it. I found my colleague's legal analysis of the Crown's ability to sue in the public interest to be correct, up to the point where he asserts that this ability should somehow be limited at bar. The Crown's *parens patriae* jurisdiction allows it to recover damages in the public interest, even to the extent that the Crown adopts commercial value as a proxy for such damages. I therefore proceed on the basis that the Crown's entitlement in this particular case is not limited to the damages that a private landowner might receive.

I agree with the broad outline of environmental torts developed by my colleague Binnie J., and the concerns of the majority with respect to the drafting of the pleadings and the weakness of the evidence. I also agree that, with respect to valuing the damaged

en dépit de l'usage non commercial qui en est fait. Faute de meilleure preuve, j'accepte la prétention de la C.-B. que la valeur des arbres récoltables des aires voisines peut servir de point de référence pour mesurer la valeur des arbres en terrain escarpé, et le rapport de l'expert de Canfor inclut déjà la valeur marchande des arbres réservés des aires riveraines. En conséquence, je ferais droit au pourvoi incident de l'intimée et je rejetterais le pourvoi de Canfor.

Je souscris généralement à l'avis de la majorité sur la question de la qualité pour agir, mais j'estime nécessaire d'ajouter les observations qui suivent. Mon collègue souligne l'importance de la compétence *parens patriae* de la Couronne et affirme qu'il convient de ne pas l'atténuer par une interprétation judiciaire restrictive (par. 76). Malheureusement, il retient précisément cette interprétation restrictive en limitant le droit de la Couronne en l'espèce « à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration en première instance » (par. 83). À mon avis, le fait que la Couronne cherche à recouvrer la valeur marchande, ou qu'elle utilise celle-ci comme indicateur de valeur en vue de recouvrer des dommages-intérêts, ne doit pas limiter le rôle de la Couronne à titre de *parens patriae*. En demandant des dommages-intérêts, la Couronne remplit toujours sa fonction générale, sa fonction *parens patriae* qui consiste à protéger l'environnement et l'intérêt du public à cet égard. J'accepte ainsi l'analyse juridique de mon collègue quant à l'aptitude de la Couronne à intenter une poursuite dans l'intérêt public, sauf lorsqu'il affirme que des restrictions devraient y être apportées dans le présent pourvoi. En effet, la compétence *parens patriae* de la Couronne lui permet de recouvrer des dommages-intérêts dans l'intérêt public, même si elle recourt à la valeur marchande comme indicateur du montant des dommages-intérêts. Je tiens donc pour acquis que le droit de la Couronne en l'espèce n'est pas limité aux dommages-intérêts qu'un propriétaire ordinaire pourrait obtenir.

Je suis d'accord avec l'aperçu que donne mon collègue le juge Binnie du droit de la responsabilité civile délictuelle en matière environnementale, et je partage les préoccupations des juges majoritaires au sujet de la rédaction des actes de procédure et

158

159

trees in question, harvestable or otherwise, the concept of auction value cannot apply at bar on the facts of the present case. Stumpage revenue must necessarily be the measure of damages. With proper evidence and pleadings I might have been open to using auction value as the measure of damages, because there is merit to the Crown's assertion that it should be compensated, in addition to stumpage fees, for the loss of "integrated resource management" it usually requires of its licensees. However, such an argument is best left for another day. I defer to the majority reasons for a review of the facts and judicial history. I will only add such further comment as may be required for the purposes of my analysis of the legal issues raised in the present appeal.

II. Compensation for Loss of Harvestable Trees

160

The Crown suffered a compensable loss in respect of harvestable trees despite the CVP system. The Court should not send a message that no loss has occurred by dwelling on the workings of what is, essentially, a system for setting prices. Until the fire-damaged forest has grown back to its original state this source of revenue for the Crown — these trees — are lost. The fact that the Crown has a system in place by which it charges higher prices to other customers within the B.C. Interior should not prevent the Crown from recovering damages for its very real loss.

161

The loss is all the more real when one considers that the Crown lost not only stumpage, but a bundle of rights attached to the harvestable trees through the licensing system. As Canfor's expert, Mr. Gairns, noted in the transcript of evidence: "The fire resulted in abandoning on that particular piece of land the sort of integrated resource management procedures that normally would have applied."

de la faiblesse de la preuve. Je reconnais également que pour établir la valeur des arbres endommagés en question, qu'il s'agisse des arbres récoltables ou des autres arbres, la notion de valeur aux enchères ne peut s'appliquer en l'occurrence, compte tenu des faits. Le dédommagement doit nécessairement correspondre aux recettes des droits de coupe. J'aurais pu, avec les éléments de preuve et les actes de procédure appropriés, accepter de retenir la valeur aux enchères comme mesure des dommages-intérêts, parce que la Couronne est fondée à prétendre qu'elle a droit d'être indemnisée à l'égard non seulement des droits de coupe, mais encore de la perte de la [TRADUCTION] « gestion intégrée de la ressource » qu'elle exige d'ordinaire de ses titulaires de permis. Toutefois, il est préférable d'attendre une autre occasion pour examiner cet argument. Je m'en remets aussi aux motifs de la majorité pour l'exposé des faits et l'historique des procédures judiciaires. Je me contenterai de formuler les commentaires que requiert mon analyse des questions de droit soulevées dans le présent pourvoi.

II. L'indemnisation pour la perte des arbres récoltables

Même avec le système de PVC, la Couronne a subi une perte indemnisable en ce qui a trait aux arbres récoltables. La Cour ne doit pas laisser entendre qu'aucune perte n'a été subie en s'attardant aux modalités d'application de ce qui est, essentiellement, un système d'établissement des prix. Jusqu'à ce que la forêt ravagée par le feu retrouve son état initial, cette source de recettes — ces arbres — sont perdus. Le fait que la Couronne ait mis en place un système par lequel elle demande aux autres clients du secteur de l'intérieur de la C.-B. un prix plus élevé ne devrait pas l'empêcher d'obtenir un dédommagement pour sa perte bien tangible.

La perte est d'autant plus tangible quand on considère que la Couronne a perdu non seulement les droits de coupe, mais encore un ensemble de droits rattachés aux arbres récoltables dans le cadre du régime d'octroi de permis. Comme l'expert de Canfor, M. Gairns, l'a fait remarquer lors de son témoignage : [TRADUCTION] « À cause du feu, on a abandonné dans cette aire forestière les méthodes

Long-term tenures impose extensive forest management, protection, and development responsibilities on the tenure holder that ensure that forest resources are managed in the public interest. The obligations imposed on a tenure holder like Canfor include extensive silviculture requirements, road-building and infrastructure development, and forest management responsibilities. As Mr. Gairns notes in his testimony, these non-pecuniary benefits were lost to the Crown when Canfor's negligence resulted in the Stone Creek fire. The forest fire meant the loss of this additional bundle of rights for the Crown, constituting yet another reason why the Crown's very real loss should not be undervalued by dwelling inappropriately on the CVP system.

The CVP system is nothing more than a means of attempting to pass losses on to other forest licensees, just as a store owner might attempt to recoup losses by charging higher prices to other customers. A closer look at just how this system works will reveal that no other conclusion can be reached.

A. *The Comparative Value Pricing System*

Canfor's expert refers to the CVP as a "method of pricing timber". Under the system, a "value index" ("VI") is established for each stand of timber. This VI is basically the difference between product values (how much one can sell the timber for) and production costs (the costs of bringing the timber to market). This VI will vary from one stand of timber to the next because some timber is worth more than timber elsewhere and the cost of logging may change from one timber stand to the next.

The next step in determining a price for timber under the CVP system is to compare the VI for a given timber stand with the mean value index ("MVI"). The MVI is, as its title indicates, the

de gestion intégrée de la ressource qui auraient normalement été suivies. » Les tenures à long terme imposent de lourdes responsabilités à leurs titulaires en matière d'aménagement, de protection et de mise en valeur de l'aire forestière afin que la gestion des ressources respecte l'intérêt public. Les obligations imposées à un titulaire comme Canfor incluent de nombreuses exigences concernant la silviculture, l'aménagement de l'infrastructure et d'un réseau routier, et la responsabilité de la gestion de la forêt. Comme l'a confirmé M. Gairns dans son témoignage, la Couronne a perdu ces avantages non pécuniaires lorsque la négligence de Canfor a causé l'incendie de Stone Creek. Le feu de forêt a entraîné la perte de cet ensemble de droits additionnels de la Couronne. Cette perte constitue une autre raison de ne pas sous-estimer la perte bien tangible subie par la Couronne en s'attardant trop sur le système de PVC.

Le système de PVC n'est rien de plus qu'un mécanisme permettant de transférer les pertes aux autres titulaires de permis d'exploitation forestière, tout comme un propriétaire de magasin essaierait de recouvrer ses pertes en majorant ses prix pour les autres clients. Un examen plus approfondi du fonctionnement de ce système révèle qu'on ne peut arriver à aucune autre conclusion.

A. *Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative*

L'expert de Canfor qualifie le système de PVC de [TRADUCTION] « méthode de fixation des prix du bois ». Suivant ce système, un « indice de valeur » (« IV ») est établi à l'égard de chaque peuplement forestier. Cet IV représente essentiellement la différence entre la valeur du produit (le prix auquel on peut vendre le bois) et le coût de production (ce qu'il en coûte pour mettre le bois sur le marché). Cet IV varie selon les peuplements, parce qu'un peuplement donné peut avoir plus de valeur qu'un autre et que le coût d'exploitation peut varier d'un peuplement à un autre.

L'étape suivante de la fixation du prix du bois par le système de PVC consiste à comparer l'IV d'un peuplement donné avec l'indice de valeur moyen (« IVM »). Comme son nom l'indique,

162

163

164

mean value of all VI calculations in all recently logged areas for which a VI has been calculated in the B.C. Interior. Any particular stand of timber may have a VI greater than or less than the mean value for the whole Interior. In the case of a forest fire, "the MVI is lowered by inclusion of low-value fire salvage timber harvested during the previous year". The MVI for the quarter commencing July 1, 1992 was calculated to be \$2.31/m³.

165

Canfor's expert then showed that the Ministry of Forests calculates, on a quarterly basis, a target stumpage rate for the Interior. This target rate rises or falls according to a Statistics Canada Index of Interior B.C. softwood lumber prices. The target rate for July 1, 1992 was \$8.55/m³ (the time period relevant to the issue before this Court). What the Ministry of Forests seeks is to have stumpage revenues for the B.C. Interior equal to the revenues it would receive if it charged this target stumpage rate to everyone. In truth, stumpage rates vary from one timber stand to the next according to local conditions and timber values.

166

Next, the base rate must be calculated. This is higher than the target rate to account for something called the "half-cap" adjustment. The procedure in effect in the Interior Appraisal Manual, at July 1, 1992, required a reduction of stumpage rates, calculated to be above a "cap" of \$14.00/m³, by half the amount in excess of \$14.00/m³. This arbitrary reduction of the highest rates had to be factored in to the calculation of the base stumpage rate. This base rate is the actual average stumpage the Crown would require to achieve its revenue goals. It is the rate of stumpage one would charge on a timber stand with a VI exactly equal to the MVI. For the quarter commencing July 1, 1992, the base rate was \$9.55/m³.

l'IVM représente la moyenne de tous les IV calculés pour toutes les aires forestières exploitées récemment dans la région de l'intérieur de la C.-B. Tout peuplement donné peut avoir un IV supérieur ou inférieur à la valeur moyenne déterminée pour l'ensemble de l'intérieur de la C.-B. En cas d'incendie de forêt, [TRADUCTION] « l'inclusion du bois récupéré de faible valeur récolté pendant l'année précédente abaisse l'IVM ». L'IVM pour le trimestre commençant le 1^{er} juillet 1992 a été établi à 2,31 \$/m³.

L'expert de Canfor a ensuite expliqué que le ministère des Forêts calcule, pour chaque trimestre, un taux cible des droits de coupe pour le secteur de l'intérieur. Ce taux cible augmente ou diminue selon l'indice des prix du bois d'œuvre résineux publié par Statistique Canada pour le secteur de l'intérieur de la C.-B. Le taux cible pour le 1^{er} juillet 1992 était de 8,55 \$/m³ (la période pertinente à la question soumise à notre Cour). Le ministère des Forêts vise à faire en sorte que les recettes des droits de coupe dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. soient égales aux recettes qu'il percevrait s'il demandait à chacun ce même taux cible des droits de coupe. En réalité, les taux des droits de coupe varient d'un peuplement à un autre en fonction des conditions locales et de la valeur du bois.

Puis, il faut calculer le taux de base. Celui-ci est supérieur au taux cible pour qu'il soit tenu compte de ce qu'on appelle le rajustement « demi-plafond ». Selon la méthode prévue au document intitulé Interior Appraisal Manual, le 1^{er} juillet 1992, les taux des droits de coupe excédant un « plafond » de 14,00 \$/m³ devaient être réduits de la moitié du montant excédant 14,00 \$/m³. Cette réduction arbitraire des taux les plus élevés devait être prise en compte dans le calcul du taux de base des droits de coupe. Ce taux de base représente les droits de coupe effectifs dont la Couronne avait besoin pour atteindre ses objectifs de recettes. C'est le taux des droits qu'on imposerait à l'égard d'un peuplement forestier dont l'IV est exactement égal à l'IVM. Pour le trimestre commençant le 1^{er} juillet 1992, le taux de base était de 9,55 \$/m³.

In order to calculate the stumpage rate for a particular tract of timber, the difference between the VI for that tract of timber and the MVI for the whole B.C. Interior is added to the base rate. If the VI for the specific tract of timber is greater than the mean for the whole Interior, then the licensee with timber rights for that tract pays a stumpage rate that is greater than the base rate. If the VI for a specific tract of timber is lower than the mean for the whole Interior, then the licensee pays a stumpage rate that is less than the base rate.

What happens when a forest fire occurs? Basically, the low-value fire salvage timber from the area where the forest fire occurred lowers the VI in that area. Such a reduction in turn lowers the MVI. A lower MVI means higher stumpage rates for everyone else in the Interior. Canfor's negligence means that other licensees in the B.C. Interior are charged higher stumpage rates. The effect is not immediate, as the calculation of the MVI is backwards-looking. A forest fire lowering the VI in a particular timber stand will raise stumpage rates for other licensees in the next quarter.

Canfor's expert argues, and my colleague accepts, that because of the CVP system the Crown can suffer the losses of a forest fire, and yet maintain its revenues. So many hectares of forest can be burned down, and the Crown can be found to have suffered zero damage. This is because the effective rate of stumpage that the Crown receives is the same, forest fire or no forest fire. With respect, this argument is faulty and the lower courts' acceptance of it was likely wrong in fact, in addition to being wrong at law.

B. *Revenue Neutrality Is Not a Certainty*

First of all, there is no guarantee that the CVP system is revenue-neutral. As the majority of the Court of Appeal for British Columbia noted, at para. 54 of its reasons for judgment ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217):

Pour calculer le taux des droits de coupe à l'égard d'un peuplement donné, on ajoute alors au taux de base la différence entre l'IV de ce peuplement et l'IVM de l'ensemble du secteur de l'intérieur de la C.-B. Si l'IV du peuplement donné dépasse la moyenne de l'ensemble du secteur de l'intérieur, le titulaire du permis d'exploitation de ce peuplement verse des droits plus élevés que le taux de base. Si l'IV d'un peuplement donné se situe sous la moyenne de l'ensemble du secteur de l'intérieur, le titulaire paie alors des droits moindres que le taux de base.

Qu'arrive-t-il s'il survient un feu de forêt? Essentiellement, le bois de faible valeur récupéré dans la zone ravagée abaisse l'IV du secteur. Cette réduction entraîne la diminution de l'IVM. Un IVM plus bas se traduit par des taux des droits de coupe plus élevés pour tous les exploitants du secteur de l'intérieur. La négligence de Canfor signifie que les titulaires de permis du secteur sont frappés de droits de coupe plus élevés. L'effet n'est pas immédiat puisque le calcul de l'IVM se fait rétrospectivement. Un feu de forêt abaissant l'IV d'un peuplement donné hausse les droits de coupe pour les autres titulaires au cours du trimestre suivant.

L'expert de Canfor soutient, ce que mon collègue accepte, qu'en raison du système de PVC, la Couronne peut subir les pertes causées par un feu de forêt et maintenir tout de même ses recettes. Plusieurs hectares de forêt peuvent brûler sans que la Couronne en subisse un préjudice, et ce parce que le taux effectif des droits que celle-ci perçoit reste le même, avec ou sans incendie. J'estime, en toute déférence, que cet argument est erroné et que son acceptation par les tribunaux inférieurs était probablement mal fondée en fait, en plus de constituer une erreur de droit.

B. *L'absence d'incidence sur les recettes n'est pas une certitude*

Tout d'abord, rien ne garantit que le système de PVC n'aura aucune incidence sur les recettes. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique au par. 54 des motifs de leur jugement ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217) :

167

168

169

170

The system has a target rate rather than a target revenue. In order to achieve the target or average rate the system makes adjustments quarterly which have the effect of ensuring there is no (or little) loss of revenue when a considerable amount of timber is harvested at rates substantially below the average. In the case of a large fire, the system will adjust all stumpage rates (in the Interior of the province) upwards to offset the effect of the fire damaged timber being harvested at low stumpage rates, thus ensuring the target rate is achieved. [Underlining in original; italics added.]

The potential for revenue loss is not ruled out by this statement. There may still be a “little” loss of revenue, as only the target rate is achieved. The trial judge also recognized that no actual evidence of revenue-neutrality has been led in this case. At para. 121 of his reasons, he notes that the “amount of that ‘increased stumpage’ to others, (i.e., as a discrete sum), as a result of the fire, is not part of the evidence in this trial” ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)).

171

Canfor has only established that the target rate is maintained by charging higher stumpage rates to others. That the target revenue is maintained as a result is by no means certain. In fact, a basic rule of economics states that when prices rise, the quantity demanded falls. Even for a monopolistic supplier of timber licences, as the Crown is in the B.C. Interior, there are consequences to raising stumpage rates as a result of forest fires, consequences which are too numerous to consider and beyond the competence of the courts. If this Court wishes to allow the defence that the Crown has recouped all of its losses from the forest fire by charging higher stumpage rates to other customers in the B.C. Interior, then to be fair it should carry this analysis to its bitter end. This would require that the Court inquire into whether the Crown suffered any economic loss as a result of increased stumpage fees charged to other licensees. Did this lead to less harvesting overall? Did it result in less corporate taxes for the Crown? Did it have any effect on employment in the forest sector, thereby affecting personal income taxes and social program spending? As I will discuss below,

[TRADUCTION] Le système prévoit un taux cible et non des recettes anticipées. Afin d'atteindre le taux cible ou taux moyen, le système prévoit des rajustements trimestriels dont l'effet est de faire en sorte qu'il n'y ait pas (ou qu'il y ait peu) de perte de recettes lorsqu'un volume de bois considérable est récolté à des taux sensiblement inférieurs à la moyenne. En cas d'incendie important, le système rajuste à la hausse tous les taux des droits de coupe (dans le secteur de l'intérieur de la province) pour compenser l'effet produit quand du bois endommagé par l'incendie est récolté à des taux de droits moindres, garantissant ainsi que le taux cible est atteint. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Cette affirmation n'écarte pas la possibilité de perte de recettes. Une « légère » perte de recettes peut quand même se produire car seul le taux cible est atteint. Le juge de première instance a reconnu en outre qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté, en l'espèce, sur l'absence d'incidence sur les recettes. Au paragraphe 121 de ses motifs, il fait remarquer que [TRADUCTION] « la preuve faite à l'instruction n'indique pas le montant de cette “augmentation des droits de coupe” pour les autres (c.-à-d. la somme effectivement calculée) qui résulte de l'incendie » ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)).

Canfor a établi seulement que le taux cible est maintenu parce que l'on exige des autres exploitants des droits plus élevés. Il n'est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant. En fait, selon une règle économique fondamentale, l'augmentation des prix entraîne une baisse de la demande. Même pour un fournisseur qui détient le monopole des permis d'exploitation, comme c'est le cas de la Couronne dans le secteur de l'intérieur de la C.-B., l'augmentation des droits de coupe par l'effet des incendies de forêt a des conséquences trop nombreuses pour être étudiées, des conséquences qui excèdent la compétence des tribunaux. Si notre Cour veut admettre le moyen de défense selon lequel la Couronne a recouvré toutes ses pertes causées par le feu de forêt en imposant des taux des droits de coupe plus élevés aux autres clients du secteur de l'intérieur de la C.-B., alors pour être équitable, elle devrait pousser son analyse jusqu'au bout. Elle devrait examiner si la Couronne a subi une perte financière en raison de l'augmentation des droits de coupe imposée aux autres titulaires de permis. Cette mesure a-t-elle réduit la récolte totale? L'impôt sur

in my consideration of the passing-on defence, this type of analysis would be “endless and futile” and would tax the institutional capacities of the courts. As Holmes J. stated, quite succinctly, in *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), at pp. 533-34:

The general tendency of the law, in regard to damages at least, is not to go beyond the first step. As it does not attribute remote consequences to a defendant so it holds him liable if proximately the plaintiff has suffered a loss.

Here, proximately, the plaintiff has suffered a loss. To the extent that the Crown has shown that it has received less stumpage revenue in the Stone Creek fire area as a result of Canfor’s negligence, it has established a right of recovery in damages. The fact that the Crown had a system in place whereby it attempted to recoup that loss by charging higher stumpage rates to others in the B.C. Interior should be an irrelevant factor when it comes to establishing a right to damages. To consider the CVP system is “to go beyond the first step”.

Serious difficulties are inherent in going “beyond the first step” to determine if the CVP system, by raising prices for other licensees when a forest fire occurs, is in fact revenue-neutral. Meiklem J. considered the CVP and its “water-bedding” effect in the *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77. This case also involved an assessment of damages in an action by the Province of British Columbia to recover damages resulting from a forest fire. The Province’s expert in the case argued that the water-bed effect of the CVP system was not a guarantee that total stumpage revenues remained constant, because increased stumpage rates might reduce

le revenu des sociétés perçu par la Couronne s’en est-il trouvé diminué? Y a-t-il eu un effet sur l’emploi dans le secteur forestier, et donc sur l’impôt sur le revenu des particuliers et sur les dépenses des programmes sociaux? Comme je l’explique ci-après en examinant le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, une telle analyse serait « interminable et futile » et grèverait les capacités institutionnelles des tribunaux. Comme le juge Holmes l’indique très succinctement dans *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), p. 533-534 :

[TRADUCTION] La loi a généralement tendance, du moins en ce qui a trait aux dommages-intérêts, à ne pas dépasser la première étape. Elle n’impute pas les conséquences éloignées au défendeur, mais elle le tient responsable de la perte subie par le demandeur si cette perte est une conséquence immédiate.

En l’espèce, la demanderesse a subi une perte qui est une conséquence immédiate. Dans la mesure où la Couronne a montré qu’en raison de la négligence de Canfor, elle a perçu moins de droits de coupe dans le secteur ravagé de Stone Creek, elle a prouvé un droit à des dommages-intérêts. Le fait que la Couronne avait mis en place un système par lequel elle tentait de recouvrer cette perte en imposant des droits de coupe plus élevés à d’autres dans le secteur de l’intérieur de la C.-B. ne devrait pas être un facteur pertinent quand il s’agit de déterminer le droit à des dommages-intérêts. Tenir compte du système de PVC équivaut à « dépasser la première étape ».

De graves difficultés surgissent lorsqu’on « dépass[e] la première étape » pour décider si, par une augmentation des prix pour les autres titulaires de permis en cas d’incendie, le système de PVC n’a effectivement aucune incidence sur les recettes. Le juge Meiklem a étudié le PVC et l’effet « stabilisateur » dans *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77. Cette affaire portait aussi sur l’évaluation des dommages-intérêts dans une action intentée par la province de la Colombie-Britannique pour recouvrer une perte résultant d’un feu de forêt. L’expert de la province y a prétendu que l’effet stabilisateur du système de PVC ne garantissait pas le maintien des recettes totales des droits

harvest levels (essentially a supply and demand argument). Mr. Gairns, the forest industry expert in that case as well, acknowledged that there was this theoretical argument, but concluded that there had been no decrease in harvest levels. Meiklem J., in accepting Mr. Gairns' assertion, had the following to say at paras. 27-29:

The plaintiff argued that Mr. Gairns' analysis is flawed because he relies largely upon lumber price index data rather than target rate data and because his observation that stumpage rate changes as much as \$5.00/m³ have little or no impact on volumes harvested fails to take into account what the harvested volumes may have been if no stumpage rate increase had occurred. I find no merit in these criticisms. It is accepted that there is a correlation between the lumber price index and target stumpage rates, and the evidence seems clear that harvest levels are not sensitive to very minor increases in costs.

In the absence of empirical evidence to refute Mr. Gairns' analysis, I find it persuasive. I note that the overall goal of the CVP system is to achieve a certain level of constant revenue for the Crown. There are many factors other than fire that render various stands of timber of low value, thereby increasing the stumpage rates on other cutting permits. The system would not be achieving the purpose for which it was designed if cutting permit harvested volumes decreased when minor upward adjustments on stumpage occurred. The system has been in place since October 1987, and if it has been failing in its purpose I would think that some evidence to that effect would be available to the Crown by now.

In conclusion not only am I unable to distinguish the facts of this case from the facts of Canfor in respect of the stumpage loss on cutting permits within the CVP system, but independently of that decision, I find that the Crown has not established a loss of stumpage revenue in respect of the fire damaged timber salvaged from the Cutting Permits 985, 986 and 987.

Implicit in Meiklem J.'s analysis was a recognition that the forest fire in question had lowered the value of timber on Cutting Permits 985, 986 and 987. What the trial judge did in *Bugbusters*, and what my colleague does in this judgment, was to force the

de coupe à un niveau constant, parce que la hausse des droits de coupe pourrait réduire la récolte totale (essentiellement un argument reposant sur l'offre et la demande). M. Gairns, l'expert du secteur forestier dans ce dossier aussi, a reconnu que cet argument était valable en théorie, mais il a conclu que la récolte n'avait pas diminué. En acceptant l'affirmation de M. Gairns, le juge Meiklem a exposé ce qui suit aux par. 27-29 :

[TRADUCTION] La demanderesse a soutenu que l'analyse de M. Gairns est viciée parce qu'il s'appuie largement sur les données relatives à l'indice des prix du bois plutôt que sur les données relatives au taux cible, et parce que son commentaire, selon lequel des variations du taux des droits pouvant aller jusqu'à 5,00 \$/m³ ont peu ou pas d'incidence sur le volume de bois récolté, ne tient pas compte du volume de bois qui aurait pu être récolté s'il n'y avait eu aucune hausse du taux des droits de coupe. J'estime que ces critiques sont dénuées de fondement. Il est admis qu'il existe une corrélation entre l'indice des prix du bois et les taux cibles des droits de coupe, et la preuve semble montrer clairement que la récolte totale n'est pas sensible à des augmentations minimales des coûts.

En l'absence de preuve empirique réfutant l'analyse de M. Gairns, j'estime que celle-ci est convaincante. Je note que l'objectif général du système de PVC est d'assurer un certain niveau de recettes constantes pour la Couronne. Nombre de facteurs outre les incendies diminuent la valeur de peuplements donnés, accroissant ainsi les taux des droits pour les autres permis de coupe. Le système n'atteindrait pas son but si le volume de bois récolté conformément aux permis diminuait lorsque des rajustements mineurs à la hausse sont apportés aux droits de coupe. Le système est en place depuis octobre 1987 et s'il n'atteignait pas son but, je pense que la Couronne disposerait déjà de preuves l'établissant.

En conclusion, non seulement je ne suis pas à même de distinguer les faits de l'espèce et ceux de l'affaire Canfor en ce qui concerne la perte de droits de coupe au regard des permis de coupe visés par le système de PVC, mais encore sans égard à cette décision, je conclus que la Couronne n'a pas établi de perte de droits de coupe à l'égard du bois endommagé par l'incendie et récupéré conformément aux permis de coupe 985, 986 et 987.

L'analyse du juge Meiklem reconnaît implicitement que le feu de forêt en question avait diminué la valeur du bois visé par les permis de coupe 985, 986 et 987. Dans *Bugbusters*, ce que le juge de première instance a fait, comme mon collègue dans le

plaintiff to go beyond proof of proximate damage, something that the law of damages has typically not required.

Consider what would happen if the damage from the fire in the case at bar had been 100 times greater. Presumably the majority's decision would still apply and the CVP system would remain a bar to recovery. The CVP mechanism would kick in, to ensure that "rates paid by other licensees in the following quarter" would compensate for the loss (majority reasons, at para. 27). However, to recover lost stumpage rates from such a large fire, presumably the increase in stumpage fees charged to other timber harvesters in the B.C. Interior would be 100 times greater. The increase in stumpage rates, this time, would be economically significant. Perhaps smaller harvesting companies would be forced out of business; even larger companies might feel the crunch. The Province's attempt to pass on its loss would likely fail. Nobody in these circumstances could argue that the Crown had not suffered a loss, despite the CVP. And yet, the approach of my colleague, applied as it would have to be in this analogous situation, would deny the Crown recovery. The only problem with the case at bar as compared to the above hypothetical example is that the economic side effects of passing the losses of the forest fire on to other customers are not immediately visible. The Crown in B.C. holds a significant, if not a complete, monopoly on the supply of timber licenses in the B.C. Interior. Having a monopoly makes one, up to a certain point, a price-setter and it makes one's customers, again up to a certain point, price-takers. Monopolies do, however, have their limits and every time a supplier has to increase prices there are a whole set of consequent effects, effects which are beyond the institutional capacity of this Court to measure.

présent jugement, oblige la demanderesse à faire une preuve qui dépasse le cadre du préjudice immédiat, ce que n'exige pas d'ordinaire le droit relatif aux dommages-intérêts.

Qu'arriverait-il si le dommage causé par l'incendie en l'espèce avait été cent fois plus considérable? On peut supposer que la décision de la majorité s'appliquerait encore et que le système de PVC resterait un obstacle au recouvrement d'une indemnité. Le mécanisme de PVC s'enclencherait, de sorte que « les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du trimestre suivant » compensent la perte (motifs de la majorité, par. 27). Toutefois, pour recouvrer la perte de droits de coupe due à un feu d'une telle ampleur, l'augmentation des droits imposés aux autres exploitants forestiers dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. serait vraisemblablement cent fois plus considérable. L'augmentation des droits aurait cette fois une incidence sensible sur l'économie. Peut-être que des sociétés forestières plus petites devraient cesser leurs activités, et que même de grandes sociétés pourraient éprouver des difficultés. La province ne réussirait sans doute pas à transférer cette perte. Nul ne pourrait soutenir dans ces circonstances que la Couronne n'a pas subi de perte, malgré le système de PVC. Et pourtant, s'il fallait appliquer dans cette situation analogue la solution retenue par mon collègue, on empêcherait la Couronne de recouvrer sa perte. Le seul problème que pose le cas qui nous occupe par rapport à l'exemple hypothétique est que les effets secondaires au plan économique du transfert des pertes causées par le feu de forêt sur les autres clients ne sont pas immédiatement visibles. En Colombie-Britannique, la Couronne détient un monopole important, sinon absolu, quant à l'octroi de permis d'exploitation forestière dans le secteur de l'intérieur de la province. Jouissant de ce monopole, elle peut, jusqu'à un certain point, imposer les prix alors que ses clients, là encore jusqu'à un certain point, les subissent. Les monopoles comportent cependant leurs limites, et chaque augmentation des prix par un fournisseur provoque tout un ensemble de répercussions que les capacités institutionnelles de notre Cour ne lui permettent pas de mesurer.

174

It is by no means certain that the CVP system guarantees a steady revenue for the Crown. The argument, however, is that since the goal of the CVP system is to maintain steady revenues, the burden lies on the Crown to establish that the opposite is true. With respect, the law of damages does not require the plaintiff to establish this. The plaintiff need only establish damages in a proximate sense. So, even if it could be said that the CVP system, on the facts at bar, worked to maintain 100 percent revenue-neutrality for the Crown, such a finding would be irrelevant to an assessment of damages in tort. This will become clear from an analysis of the law with respect to mitigation, the rule against double recovery, and the defence of passing on.

C. *The Mitigation Argument*

175

Canfor argues that by charging higher prices to other timber licensees in the B.C. Interior (i.e., by the very nature of the CVP system) the Crown has mitigated its damages. With respect, the CVP system, a mechanism for charging higher stumpage rates to other timber licensees to compensate for lower timber value in a particular stand of timber, cannot be viewed as a form of mitigation. Passing on losses to other customers has never been accepted as mitigation.

176

In S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at p. 15-4, the author describes the principle of mitigation as being that the plaintiff should not be able to recover compensation for a loss that, by taking reasonable action, could have been avoided. Professor Waddams cites this as the general principle one can take from the case of *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Losses that could reasonably have been avoided are, in effect, caused by the plaintiff's inaction, rather than the defendant's

Il n'est pas du tout certain que le système de PVC garantisse à la Couronne un flux constant de recettes. Selon l'argument présenté toutefois, puisque le but du système de PVC est d'assurer des recettes constantes, il incombe à la Couronne d'établir qu'elle a été privée de ces recettes. J'estime, en toute déférence, que le droit de la responsabilité civile délictuelle n'oblige pas le demandeur à faire cette preuve. Ce dernier n'a qu'à établir le préjudice qui est une conséquence immédiate du délit. Ainsi, même si l'on pouvait affirmer que compte tenu des faits de l'espèce, le système de PVC a fait en sorte d'éviter toute incidence négative sur les recettes de la Couronne, cette conclusion ne serait pas pertinente à l'évaluation des dommages-intérêts accordés en réparation du préjudice causé. Cela ressortira à l'évidence de l'analyse du droit concernant la limitation du préjudice, la règle interdisant la double indemnisation et le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte.

C. *L'argument de la limitation du préjudice*

Canfor prétend qu'en demandant des prix plus élevés aux autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. (c.-à-d. de par la nature même du système de PVC), la Couronne a limité son préjudice. En toute déférence, le système de PVC demeure un mécanisme qui permet d'imposer des droits de coupe plus élevés aux autres titulaires pour compenser la valeur moindre du bois d'un peuplement donné, ne peut être considéré comme un moyen de limitation du préjudice. Le transfert des pertes sur d'autres clients n'a jamais été accepté comme mécanisme de limitation du préjudice.

Dans S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), p. 15-4, l'auteur affirme que selon le principe de la limitation du préjudice, le demandeur ne devrait pas être indemnisé d'une perte qui aurait pu être évitée si des mesures raisonnables avaient été prises. Le professeur Waddams tire ce principe général de l'arrêt *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Les pertes qui auraient pu être évitées par des précautions raisonnables se définissent comme celles qui sont, en fait, attribuables à

wrong. There is also an underlying policy of avoiding economic waste. Thus, two principles underlie the requirement to mitigate: the plaintiff should not recover for a loss that he could reasonably have avoided and the defendant should not be forced to pay the plaintiff where the plaintiff has been wasteful after the fact of the wrongdoing.

The question at bar then is whether the Crown fully mitigated its damages by charging higher stumpage fees to other timber licensees in the B.C. Interior, by way of the CVP system. If the principle to be taken from *British Westinghouse* means that the plaintiff must do what is reasonable to mitigate losses, the key problem is whether this obligation includes raising prices for other customers to compensate for the loss caused by the defendant's negligence. If so, then the Crown should be denied recovery.

The analytical tool that the courts have developed to determine whether the plaintiff, by his actions after the wrongdoing, has avoided a loss is an inquiry into whether the gains made by the plaintiff are "collateral" to the tort, or *res inter alios acta*. If collateral to the tort, the gains (in our case increased stumpage fees from other licensees) should not be taken into account in assessing damages.

In *British Westinghouse* the plaintiff received deficient machinery from the defendant. The plaintiff replaced the machinery with machines of superior design. This ended up being more profitable to the plaintiff than the old machines would have been. In assessing damages, these extra profits were taken into account, meaning that the plaintiff could only recover nominal damages. At p. 690, Viscount Haldane stated:

The subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business.

l'inaction du demandeur plutôt qu'à la faute du défendeur. Un objectif sous-jacent est d'éviter le gaspillage. Par conséquent, deux principes justifient l'obligation de limiter le préjudice : le demandeur ne doit pas être indemnisé d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables, et le défendeur ne doit pas être tenu de verser une somme au demandeur si celui-ci peut se voir reprocher du gaspillage après la commission du délit.

La question qui nous est soumise consiste donc à déterminer si la Couronne a pleinement limité sa perte en appliquant le système de PVC pour imposer des droits de coupe plus élevés aux autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Si le principe tiré de *British Westinghouse* signifie que le demandeur doit prendre les mesures raisonnables pour limiter sa perte, le problème fondamental est de savoir si cette obligation s'entend aussi de l'augmentation des prix demandés aux autres titulaires pour compenser la perte causée par la négligence de la défenderesse. Dans l'affirmative, il faut alors refuser d'indemniser la Couronne.

L'outil d'analyse que les tribunaux ont conçu pour déterminer si, par ses actes postérieurs au délit, le demandeur a évité une perte consiste à examiner si les gains réalisés par le demandeur sont « accessoires » au délit, ou *res inter alios acta*. S'ils sont accessoires au délit, les gains (dans le cas qui nous occupe, les droits de coupe plus élevés obtenus des autres titulaires de permis) ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Dans *British Westinghouse*, la demanderesse avait reçu de la défenderesse des machines défectueuses. La demanderesse les a remplacées par un équipement mieux conçu qui s'est révélé plus rentable que l'aurait été la machinerie défectueuse. Dans l'évaluation des dommages-intérêts, ces profits additionnels ont été pris en compte, de sorte que la demanderesse n'a pu obtenir qu'une indemnité insignifiante. À la p. 690, le vicomte Haldane affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Si l'on doit prendre en considération l'opération ultérieure, il faut qu'elle résulte des conséquences de l'inexécution et se situe dans le cours normal des affaires.

177

178

179

180

This Court adopted the analysis of Viscount Haldane in *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385. In *Apeco* the lessor of space in a building, upon the lessee's repudiation, rented the same space to another tenant. Ritchie J. adopted the above rule from *British Westinghouse* but decided that the defendant had not established that the plaintiff should be seen as having mitigated his damages. Although the space the lessee vacated had been leased to another, the building remained half empty. Ritchie J. held that the transaction in question could have been concluded even if the defendant had not breached the original lease agreement. It was thus an independent transaction not arising out of the consequences of the breach by the appellant. The defendant could not point to the transaction as being mitigation of damages.

181

In both *British Westinghouse* and *Apeco* the plaintiff engaged in another transaction. The plaintiff carried on business with someone else. In *British Westinghouse* this led to a finding of mitigation of damages because the transaction was a natural thing to do in the ordinary course of business (it made sense to buy the most modern machines) and the transaction arose as a result of the defendant's breach. In *Apeco* the transaction was something done in the ordinary course of business but Ritchie J. found that it did not arise as a consequence of the breach.

182

In the case at bar, I agree that the Crown charged higher stumpage fees to other licensees as a direct result, or as a consequence of Canfor's negligence. The Crown had set up the CVP system so that this would be the inevitable result unless the government took action to change the system and stop the price increase from automatically occurring (something which it is perfectly capable of doing, and did do in 1999 after the 1998 forest fires). But I cannot agree with the notion that charging higher rates to other customers amounts to something that arises in the ordinary course of business. Charging higher prices to other customers to compensate for a loss is not something one does ordinarily, although one might unfortunately

Notre Cour a retenu l'analyse du vicomte Haldane dans *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385. Dans cette affaire, le locateur d'espace dans un édifice avait, après que le locataire eut résolu son engagement, loué le même espace à un autre locataire. Le juge Ritchie a adopté la règle ci-dessus énoncée dans *British Westinghouse* mais a décidé que la défenderesse n'avait pas établi que la demanderesse devait être considérée comme ayant limité sa perte. Bien que l'espace laissé libre par le locataire ait été loué à un tiers, l'édifice est resté à moitié inoccupé. Le juge Ritchie a décidé que l'espace en question aurait pu être loué même si la défenderesse n'avait pas résolu le bail initial. Il s'agissait donc d'une opération indépendante nullement influencée par l'inexécution de l'engagement pris par l'appelante. La défenderesse ne pouvait pas invoquer cette opération pour faire réduire les dommages-intérêts.

Tant dans *British Westinghouse* que dans *Apeco*, la demanderesse avait réalisé une autre opération. Elle avait traité avec un tiers. Dans *British Westinghouse*, ce fait a amené le tribunal à conclure à la limitation du préjudice parce que l'opération s'inscrivait naturellement dans le cours normal des affaires (acheter les machines les plus modernes était un choix rationnel) et l'opération découlait de la rupture du contrat par la défenderesse. Dans *Apeco*, l'opération a été accomplie dans le cours normal des affaires mais le juge Ritchie a conclu qu'elle ne résultait pas de la résolution du bail.

En l'espèce, j'admets que si la Couronne a demandé aux autres titulaires des droits de coupe plus élevés, c'était un résultat direct ou une conséquence de la négligence de Canfor. La Couronne avait conçu le système de PVC de telle sorte que ce résultat soit inévitable, à moins que le gouvernement ne prenne des mesures pour modifier le système et empêcher l'augmentation automatique des prix (ce qu'il est tout à fait capable de faire, et ce qu'il a fait en 1999, après les incendies de forêt de 1998). Mais je ne peux pas accepter l'idée qu'imposer des droits plus élevés aux autres clients représente une mesure prise dans le cours normal des affaires. Demander des prix plus élevés à d'autres clients pour compenser une

feel forced to do so as a result of the damage suffered. In the ordinary course of business, for someone in the Crown's position of having suffered a loss because of a negligently caused forest fire, it would make business sense to put forest rehabilitation measures in place (the Crown did this). It would also make business sense to allow as much timber to be salvaged as possible (this occurred, and the Crown's damages were reduced accordingly). Charging higher prices to other customers is not necessarily a smart business decision. Most business people (and the Crown is in the timber licensing business, in my opinion) do not have this option. If the typical businessperson raises prices, he or she runs the risk of their customers turning to cheaper substitutes, or foregoing consumption of the product. The Crown gets away with charging higher stumpage fees only because of its position as a monopolistic, price-setting supplier in the B.C. Interior. However, as I have tried to illustrate with my examples above, this type of behaviour has consequences down the line, although they may not be immediately visible to the courts.

The analysis of Rand J. in *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1, is helpful in elucidating the principle at play when it comes to mitigation. In *Karas* the plaintiff lost a lease because of fraud. He set up another business in an admitted attempt to offset some of his losses. Rand J. ruled that these profits (from the new business) could not be used to offset the damages payable by the defendant. Rand J. enunciated the following principle at p. 8:

It is settled . . . that the performance in mitigation and that provided or contemplated under the original contract must be mutually exclusive, and the mitigation, in that sense, a substitute for the other. Stated from another point of view, by the default or wrong there is released a capacity to work or to earn. That capacity becomes an asset in the hands of the injured party, and he is held to a reasonable employment of it in the course of events flowing from the breach. [Emphasis added.]

perte n'est pas une pratique courante, bien qu'on puisse malheureusement se voir forcé de le faire par suite du préjudice subi. Dans le cours normal des affaires, pour une personne qui se trouve dans la même situation que la Couronne en raison d'un feu de forêt attribuable à la négligence, il serait logique au plan commercial de mettre en place des moyens de restauration de la forêt (ce qu'a fait la Couronne). Il serait logique aussi au plan commercial de faire récupérer autant de bois que possible (cela a été fait et l'indemnité de la Couronne a été réduite d'autant). Demander des prix plus élevés à d'autres clients ne constitue pas nécessairement une décision judicieuse au plan commercial. La plupart des chefs d'entreprise (et la Couronne possède une entreprise d'octroi de permis, à ce que je sache) ne jouissent pas de cette faculté. Le commerçant type qui augmente ses prix risque de voir ses clients se tourner vers des sources moins chères ou cesser de consommer le produit. La Couronne peut exiger des droits de coupe plus élevés uniquement en raison de sa situation de monopole, qui lui permet d'imposer les prix dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Toutefois, comme j'ai tenté de l'illustrer par mes exemples précédemment, un comportement de ce genre entraîne des conséquences en bout de ligne, encore qu'elles ne soient pas immédiatement évidentes pour les tribunaux.

L'analyse du juge Rand dans *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1, nous aide à expliciter le principe en jeu en matière de limitation du préjudice. Dans *Karas*, le demandeur avait perdu un bail en raison d'une fraude. Il a lancé une autre entreprise dans le but avoué de compenser en partie ses pertes. Le juge Rand a décidé que ces profits (produits par la nouvelle entreprise) ne pouvaient servir à compenser les dommages-intérêts payables par le défendeur. Le juge Rand expose le principe qui suit, à la p. 8 :

[TRADUCTION] Il est bien établi [. . .] que le résultat obtenu qui permet la limitation du préjudice et le résultat stipulé ou envisagé dans le contrat initial doivent s'exclure l'un l'autre, et la limitation du préjudice, dans ce sens, se substitue à l'autre. D'un autre point de vue, le manquement ou la faute libèrent la capacité de travail ou de gain. Cette capacité devient un actif entre les mains de la partie lésée qui est tenue d'en faire bon usage dans la suite des faits résultant de l'inexécution. [Je souligne.]

No such “capacity to earn” has been released for the Crown on the facts at bar. The Crown could have raised this extra revenue before the tort occurred, but simply chose not to. The Crown was able to collect stumpage fees from salvaged timber now, as opposed to 30 or 50 years from now as previously planned. That is clearly a mitigating factor. However, charging other licensees more as a result of the forest fire does not amount to an increased capacity to earn. It is likely a disappointment for those who are charged more and should be unsettling for the Crown, since raising prices for other timber licensees in the B.C. Interior may affect business, tax revenue and jobs.

Or, aucune telle « capacité de gain » n’a été libérée au profit de la Couronne dans le cas qui nous occupe. La Couronne aurait pu percevoir ces recettes additionnelles avant le délit, mais elle a simplement choisi de ne pas le faire. Elle a pu recouvrer tout de suite des droits de coupe sur le bois récupéré, au lieu d’attendre les 30 ou 50 ans que prévoyait le calendrier de coupe. De toute évidence, un tel facteur touche à la limitation du préjudice. Cependant, la réclamation de prix plus élevés aux autres titulaires de permis en conséquence de l’incendie n’équivaut pas à la création d’une capacité accrue de gain. Une telle majoration ne peut que décevoir ceux qu’elle frappe. Elle devrait aussi causer de l’inquiétude pour la Couronne puisqu’une augmentation des prix pour les autres titulaires de permis peut porter préjudice aux affaires, aux rentrées fiscales et à l’emploi dans l’intérieur de la C.-B.

184

It is entirely possible that the Crown might decide, in similar circumstances in the future, not to allow the CVP system to automatically raise stumpage fees for other licensees in order to maintain the target rate, and perhaps the target revenue. In fact, that is exactly what the Crown did after forest fires that occurred in 1998. This is clear from Canfor’s own evidence, as can be seen in the following passage from Mr. Gairns’ expert report of March 5, 1999:

The Comparative Value Pricing (CVP) system is used to establish stumpage rates for all Cutting Permits under all types of long term tenure in B.C. and applied to both Canfor’s Forest Licence and to the three Woodlots in the Stone Fire area. . . . Until January 1, 1999, all types of Cutting Permits under these licences were included in the MVI calculation, but this has now been changed to exclude salvage cutting permits for fire-killed timber from the 1998 forest fires. This January 1, 1999 change will avoid the increase to stumpage for non-salvage Cutting permits that would have normally occurred, but will result in a reduction in Provincial revenues in 1999 from what they would have been had the 1999 fires not occurred.

Assuming the 1998 fires were the result of negligence, would the defendant in the ensuing action be

Il peut fort bien arriver que dans des circonstances semblables à l’avenir, la Couronne décide de ne pas permettre que le système de PVC majore de façon automatique les droits de coupe frappant les autres titulaires afin de maintenir le taux cible et peut-être, aussi, les recettes anticipées. En fait, c’est exactement le geste posé par la Couronne après les feux de forêt de 1998. Cela ressort à l’évidence de la preuve présentée par Canfor elle-même, comme le démontre le passage suivant du rapport d’expertise de M. Gairns du 5 mars 1999 :

[TRADUCTION] Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (PVC) sert à établir les droits de coupe à l’égard de tous les permis de coupe visés par tous les genres de tenure à long terme en C.-B. et il s’appliquait tant au permis d’exploitation de Canfor qu’aux trois boisés de ferme dans le secteur ravagé de Stone [Creek]. [. . .] Jusqu’au 1^{er} janvier 1999, tous les types de permis de coupe visés par ces permis d’exploitation étaient inclus dans le calcul de l’IVM, mais un changement a été apporté afin d’exclure désormais les permis de coupe du bois récupéré par suite des incendies de 1998. Par ce changement apporté le 1^{er} janvier 1999, les permis de coupe visant le bois qui n’est pas du bois récupéré ne seront pas frappés par la majoration, mais les recettes de la province diminueront en 1999 par rapport à ce qu’elles auraient été sans les feux de 1999.

En supposant que les feux de 1998 aient été le résultat de la négligence, est-ce que la défenderesse

able to point to the plaintiff Crown's refusal to raise prices for others as a failure to mitigate? I would think not. The principles behind mitigation, in particular the principle of economic efficiency, require the injured party to exploit any new "capacity to earn" triggered by the defendant's tort. Mitigation principles do not require the injured party to attempt to recoup its losses by charging higher prices to other customers. In the present case, the plaintiff Crown, by allowing the CVP system to kick-in and charge higher prices to other timber licensees, was not exercising any "increased capacity to earn" and therefore should not be penalized in its damage award. Based on *British Westinghouse*, but more particularly on this Court's reasons in *Karas* and *Apeco*, I conclude that the CVP system is not a mitigating factor in the assessment of damages against the defendant.

D. Double Recovery

Smith J.A., speaking for a majority of the Court of Appeal for British Columbia, correctly concluded that this was not a case of mitigation. The majority concluded instead that "the comparative value pricing system was in place before the fire occurred and its effect was to avoid any loss to the Crown from the fire" (para. 80). It also voiced a concern that if the Crown were allowed to recover damages in addition to the increased stumpage revenue it received from other licensees, it would be compensated twice for the same loss from different sources. This outcome would violate the rule against double recovery espoused in *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940.

First of all, I would re-emphasize that it is not at all clear that the CVP system's effect is "to avoid any loss to the Crown from the fire". What the courts below really found was that the Crown was not able to rebut the presumption that the CVP system was

dans l'action qui s'en serait suivie aurait pu prétendre que le refus de la Couronne, demanderesse, de majorer les prix demandés aux autres constituait un défaut de limiter le préjudice? Je ne le pense pas. Les principes régissant la limitation du préjudice, en particulier le principe de l'efficience économique, commandent que la personne lésée tire parti de la « capacité de gain » nouvellement acquise du fait de la faute du défendeur. Ces principes n'exigent pas que la personne lésée essaie de recouvrer ses pertes en demandant des prix plus élevés aux autres clients. Dans le cas présent, en permettant que s'enclenche le mécanisme de PVC et que l'on augmente les prix demandés aux autres titulaires de permis, la Couronne demanderesse n'utilisait pas une « capacité de gain accrue » et ne doit donc pas être pénalisée par une réduction de son indemnité. Vu l'arrêt *British Westinghouse*, mais en particulier les motifs de notre Cour dans les arrêts *Karas* et *Apeco*, je conclus qu'en ce qui concerne l'évaluation des dommages-intérêts à payer par la défenderesse, le système de PVC ne constitue pas un facteur de limitation du préjudice.

D. La double indemnisation

Dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Smith a correctement conclu que la limitation du préjudice ne jouait pas dans ce cas. Les juges majoritaires ont plutôt conclu que [TRADUCTION] « le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative était en place avant l'incendie et il avait pour effet d'éviter à la Couronne toute perte due au feu » (par. 80). Ils se sont également dits inquiets de ce que, si la Couronne était autorisée à recouvrer une indemnité en sus des recettes accrues des droits de coupe perçues des autres titulaires de permis, elle obtiendrait pour la même perte deux indemnités provenant de sources différentes. Ce résultat violerait la règle interdisant la double indemnisation suivie dans *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940.

En premier lieu, je tiens à signaler de nouveau qu'il n'est pas du tout certain que le système de PVC a eu pour effet « d'éviter à la Couronne toute perte due au feu ». En fait, les tribunaux d'instance inférieure ont décidé que la Couronne n'a pas été

revenue-neutral. Again, as was the case with mitigation, no such burden should be placed on the plaintiff at bar. The rule against double recovery is not invoked where the plaintiff's supposed double recovery stems from their decision to charge higher prices to other customers. If this Court chooses to deny the Crown recovery at bar, it may be invoking in part the principles against double recovery espoused in *Ratyck*, but in truth the Court would be recognizing the defence of passing on in tort law.

187

Before turning to whether the passing-on defence exists at law, I wish to consider the decision of McLachlin J. (as she then was) in *Ratyck*. Certain principles from *Ratyck* can apply at bar, but generally speaking, the case is distinguishable as relating to collateral benefits such as sick pay, welfare payments, accident insurance benefits and the like. The case dealt squarely with receipt of loss-spreading benefits from third parties. In my opinion, charging higher prices to other customers cannot truly be analogized to the benefits of which McLachlin J. spoke in *Ratyck*.

188

In *Ratyck*, the respondent police officer was injured in a motor vehicle accident. The appellant was clearly at fault. The officer was unable to work for several months because of his injuries but continued to be paid pursuant to the terms of his collective agreement. The central issue was whether these payments, made by an employer during the period when a plaintiff could not work, should be brought into account in assessing his damages for loss of earnings. Since the officer had continued to receive wages, there was no actual wage loss to speak of. At p. 964, McLachlin J. stated as follows:

en mesure de réfuter la présomption selon laquelle le système de PVC n'avait aucune incidence sur les recettes. Là encore, comme dans le cas de la limitation du préjudice, il ne convient pas d'imposer un tel fardeau à la demanderesse en l'espèce. La règle interdisant la double indemnisation n'est pas invoquée quand la supposée double indemnité de la demanderesse découle de sa décision de demander des prix plus élevés à d'autres clients. Si elle choisit de priver la Couronne de l'indemnité dans le présent pourvoi, notre Cour peut s'appuyer en partie sur les principes justifiant le refus de la double indemnisation énoncés dans *Ratyck*, mais, en vérité, elle se trouverait à reconnaître en droit de la responsabilité civile délictuelle le moyen de défense fondé sur le transfert de perte.

Avant d'examiner si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est reconnu en droit, je tiens à examiner la décision de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) dans *Ratyck*. Certains principes dégagés de *Ratyck* peuvent s'appliquer en l'espèce, mais de façon générale, cette affaire différerait car elle concernait des prestations parallèles telles que les indemnités de maladie, les prestations d'aide sociale, les prestations d'assurance contre les accidents, etc. Cette affaire portait directement sur des prestations versées par des tiers selon une formule de répartition des pertes. À mon avis, demander des prix plus élevés à d'autres clients ne peut pas vraiment être assimilé aux prestations dont parlait la juge McLachlin dans *Ratyck*.

Dans *Ratyck*, le policier intimé a été blessé dans un accident de la circulation. La faute de l'appelante a été clairement établie. En raison de ses blessures, le policier n'a pu travailler pendant plusieurs mois, mais il a continué à toucher son salaire en conformité avec sa convention collective. La question fondamentale consistait à savoir si les paiements effectués par un employeur à un demandeur pendant qu'il ne pouvait pas travailler doivent être pris en compte dans l'évaluation de ses dommages-intérêts pour perte de salaire. Comme le policier avait continué à toucher son salaire, il n'avait pas réellement subi de perte de salaire. À la p. 964, la juge McLachlin a fait les observations suivantes :

I conclude that the general principles underlying our system of tort law suggest that the damages awarded to the plaintiff should be confined to his or her actual loss, as closely as that can be calculated. The damages should be in an amount which will restore the plaintiff to his pre-accident position. Where pecuniary losses, such as loss of earnings, are at stake, the measure of damages is normally the plaintiff's actual financial loss. Unless the plaintiff can demonstrate such loss, he or she is not entitled to recover. This is because an essential element of tortious liability is lacking in the absence of loss. As Lord Diplock stated in *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, at pp. 1094-95: "A person who acts without reasonable care does no wrong in law; he commits no tort. He only does wrong, he only commits a tort, if his lack of care causes damage to the plaintiff."

McLachlin J.'s argument in *Ratyck* is well put: a plaintiff should not recover for losses which he or she has not actually incurred. With respect though, I have serious hesitations about applying the reasoning of *Ratyck* to the facts at bar. Much of McLachlin J.'s discussion revolved around the inapplicability, or at least limiting the applicability, of the insurance exception to damages for personal injury in *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.). In *Bradburn*, it was held that damages for personal injury should not be reduced by amounts payable to the plaintiff by a private insurer. In *Ratyck*, McLachlin J. showed, by way of a thorough analysis of the authorities in the U.K., Australia, the United States, and Canada, that although *Bradburn* was originally used to support the non-deductibility of all types of "benefits", the general applicability of the insurance rule was being tapered down by the courts.

McLachlin J.'s overview of the U.K. jurisprudence is illustrative of the focus of her analysis. McLachlin J. began to illustrate how the general applicability of *Bradburn* had been eroding by

Je conclus que, d'après ce qui ressort des principes généraux sous-jacents à notre régime de droit en matière de responsabilité civile délictuelle, les dommages-intérêts accordés au demandeur devraient correspondre aussi exactement que possible à la perte qu'il a réellement subie. Le montant des dommages-intérêts devrait remettre le demandeur dans la position où il se trouvait avant l'accident. Lorsqu'il s'agit d'un préjudice pécuniaire comme la perte de salaire, le montant des dommages-intérêts équivaut normalement à la perte financière réelle du demandeur. À moins que celui-ci ne puisse démontrer l'existence d'une telle perte, il n'a droit à aucune indemnisation. La raison à cela est que, s'il n'y a aucune perte, il manque un élément essentiel de la responsabilité délictuelle. Ainsi que l'affirme lord Diplock dans l'arrêt *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, aux pp. 1094 et 1095: [TRADUCTION] « Quiconque agit sans prudence raisonnable ne commet pas d'acte blâmable du point de vue juridique; il ne commet pas de délit civil. Son acte n'est blâmable et ne constitue un délit civil que si son imprudence cause un préjudice au demandeur. »

Le raisonnement de la juge McLachlin dans *Ratyck* est juste : le demandeur ne doit pas recouvrer des pertes qu'il n'a pas réellement subies. En toute déférence, toutefois, je conserve des hésitations sérieuses sur l'application du raisonnement tenu dans *Ratyck* aux faits de la présente espèce. Pour une grande partie, l'analyse de la juge McLachlin portait sur l'inapplicabilité, ou du moins la restriction de l'applicabilité, de l'exception qui a été apportée, dans *Bradburn c. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), à l'attribution des dommages-intérêts pour lésions corporelles quand des indemnités d'assurance sont en cause. Dans *Bradburn*, la cour a statué que les sommes payables au demandeur par un assureur privé ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour lésions corporelles. Dans *Ratyck*, la juge McLachlin a démontré, par une analyse approfondie de la jurisprudence britannique, australienne, états-unienne et canadienne, que, bien que l'arrêt *Bradburn* ait été cité à l'origine pour étayer la non-déductibilité de tous les genres de « prestations », les tribunaux avaient atténué l'application générale de la règle relative aux indemnités d'assurance.

L'aperçu que donne la juge McLachlin de la jurisprudence britannique illustre le point central de son analyse. La juge McLachlin commence par montrer comment l'application générale de *Bradburn* a été

considering *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), where Lord Denning held that the amount of the plaintiff's veteran benefit should be deducted from a damage award. Only a few years later, Lord Reid held in *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), that a policeman's pension should not be deducted from damages for loss of earnings. Sick pay was, however, deemed deductible from a damage award in *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.). McLachlin J. stated as follows in *Ratyck*, at p. 967:

The jurisprudence in England on the question before this Court may be summarized as follows. While some benefits, like private insurance, remain non-deductible, wages or sick benefits paid during the period the plaintiff is unable to work have always been required to be brought into account in calculating the plaintiff's damages.

191

McLachlin J. then briefly showed that Australia has adopted a similar approach to deductibility of wage payments. In the United States the matter had been dealt with in large part by legislation providing for the deduction of an "array of different benefits" (p. 968). McLachlin J. then turned to the Canadian jurisprudence. She determined that, as in the United Kingdom, the influence of *Bradburn* had caused the courts to take a general non-deductibility approach to all types of "collateral benefits", but along with Lord Denning in *Browning's* case, Canadian courts shifted to deductibility. As McLachlin J. states at p. 969:

As a consequence of *Browning's* case, Canadian courts shifted to deductibility. They deducted from damages salary continuation payments, both *ex gratia* (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (Ont. H.C.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (N.S.S.C.)) and contractual (*Dell v. Vermette* on appeal (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (Ont. C.A.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.S.T.D.)) Sickness and accident insurance benefits from employers were deducted, (*Rados v.*

circoscrite graduellement en s'arrêtant à *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), où lord Denning a décidé que le montant des allocations d'ancien combattant devait être défalqué des dommages-intérêts accordés au demandeur. Quelques années plus tard seulement, lord Reid a conclu, dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), que la pension d'un agent de police ne devrait pas être déduite du montant des dommages-intérêts pour perte de salaire. Les indemnités de maladie ont, cependant, été tenues pour déductibles des dommages-intérêts dans *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.). Le juge McLachlin a affirmé ce qui suit dans *Ratyck* à la p. 967 :

La jurisprudence anglaise portant sur la question dont nous sommes saisis en l'espèce peut se résumer ainsi : si certaines prestations, comme celles provenant d'assurances privées, demeurent non déductibles, le salaire ou les indemnités de maladie versés au demandeur pendant le temps qu'il était incapable de travailler ont toujours dû entrer en ligne de compte dans le calcul de ses dommages-intérêts.

Puis, en quelques mots, le juge McLachlin a montré que l'Australie avait adopté, à l'égard de la déductibilité des paiements de salaire, une position identique à la position anglaise. Aux États-Unis, cette question a été réglée en grande partie par des dispositions législatives prévoyant la déduction de « tout un éventail de prestations » (p. 968). Le juge McLachlin a ensuite abordé la jurisprudence canadienne. Elle a constaté que, comme au Royaume-Uni, l'influence de l'arrêt *Bradburn* avait amené les tribunaux canadiens à conclure généralement à la non-déductibilité de tous les genres de « prestations parallèles », mais à l'instar de lord Denning dans *Browning*, nos tribunaux en sont venus à opter pour la déductibilité. Comme le juge McLachlin l'indique à la p. 969 :

Par suite de l'arrêt *Browning*, les tribunaux canadiens ont changé d'avis en faveur de la déductibilité. En effet, ils ont déduit des dommages-intérêts les paiements de maintien de salaire, tant ceux effectués à titre gracieux (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (H.C. Ont.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (C.S.N.-É.)), que ceux faits en exécution d'un contrat (*Dell v. Vermette*, en appel (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (C.A. Ont.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.-É.D.P.I.)) Les

Neumann, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (Co. Ct.); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (Ont. H.C.)), as was sick pay (*Dell v. Vermette, supra; McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (B.C.S.C.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Again, the practice cannot be described as universal, some judges still refusing to deduct benefits.

McLachlin J. then went on to discuss other cases where “benefits” such as private pension plans, CPP payments, wage benefits, sick leave benefits, etc., were or were not deducted from damage awards.

Much of McLachlin J.’s analysis was then devoted to the minority’s argument that the above types of benefits were analogous to insurance and should therefore not be deducted from an insurance award. She determined that wages paid while on sick leave could not be analogized to private insurance payments. McLachlin J. was not ready to assume that if an employee receives wages when he is not working, he has given up a *quid pro quo* for that benefit, and therefore has established a right to keep the benefit in the face of a damage award. At p. 973 of *Ratyck*, she states:

In my view, it is inconsistent with the principles governing the recovery of damages in tort that the court should assume that because a benefit has been conferred by a third party, the plaintiff has suffered an equivalent loss. I know of no principle which could support such an assumption. The rule remains as it has always been — a plaintiff is obliged to prove his or her loss.

It becomes increasingly clear as one considers the analysis of McLachlin J. in *Ratyck* that she was dealing with an entirely different set of facts than those the Court is faced with at bar. One can glean from her decision that general principles of tort law require the plaintiff to establish their loss. The plaintiff must not be allowed double recovery where at

prestations d’assurance-maladie et d’assurance contre les accidents versées par des employeurs ont été déduites (*Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (C. cté); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (H.C. Ont.)), de même que les indemnités de maladie (*Dell v. Vermette, précité; McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (C.S.C.B.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Là encore, cette pratique ne saurait être qualifiée d’universelle, car certains juges refusent toujours la déduction des prestations.

La juge McLachlin a ensuite examiné d’autres décisions dans lesquelles des « prestations » telles que des paiements provenant d’un régime de retraite privé, des allocations versées en vertu du RPC, des prestations sous forme de salaire, des indemnités de maladie, etc., ont ou n’ont pas été déduites des dommages-intérêts.

Puis, la juge McLachlin a, pour l’essentiel, consacré son analyse à l’argument des juges minoritaires selon lequel les sortes de prestations précitées étaient analogues à des indemnités d’assurance et ne devaient donc pas être déduites des dommages-intérêts accordés. Elle a décidé que le salaire versé pendant un congé de maladie ne pouvait pas être assimilé à des prestations d’une assurance privée. La juge McLachlin n’était pas disposée à supposer que, si un employé touche un salaire quand il ne travaille pas, il a cédé quelque chose en contrepartie et a, par conséquent, établi un droit de garder l’avantage reçu si un dédommagement lui est accordé. À la p. 973 de l’arrêt *Ratyck*, elle affirme ainsi :

À mon avis, il est incompatible avec les principes régissant l’attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle que la cour présume que parce qu’un avantage a été conféré par une tierce personne, le demandeur a subi une perte équivalente. Je ne connais aucun principe qui puisse justifier une telle hypothèse. La règle demeure inchangée — le demandeur est tenu de prouver l’existence de sa perte.

À l’examen de l’analyse de la juge McLachlin dans *Ratyck*, il apparaît de plus en plus évident qu’elle devait examiner un ensemble de faits complètement différents de ceux qu’étudie notre Cour en l’espèce. On peut déduire de sa décision que les principes généraux en matière de responsabilité civile délictuelle exigent que le demandeur prouve

all possible. The rest of her analysis relates almost exclusively to whether “collateral benefits”, in particular benefits that are akin to wages, or wage substitutes, should be deducted from any damage award for lost earnings. It seems that McLachlin J. puts a kind of onus on the plaintiff to show that these types of collateral benefits have been somehow earned by the plaintiff, that there was a *quid pro quo* for the receipt of the benefits in question. With respect, the “benefits” that Canfor wishes to have deducted from their damages award at bar are not benefits at all, but stumpage revenues from entirely separate transactions with third parties. These increased stumpage revenues are not analogous to the benefits paid by third parties to the injured party in *Ratyck*. The Crown is merely attempting to rely on the generally held notion that no defence of passing on exists in Canadian law. As such, I turn now to a discussion of passing on.

E. *The Passing-on Defence*

194

The question of whether the defence of passing on exists at law in Canada was recently canvassed by Ground J. in *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (S.C.J.). Ground J. was faced with summary judgment motions by the defendants. The defendants’ contended that even if breach of contract, negligence and negligent misrepresentation could be proven, the plaintiffs had suffered no damages since all of the unpaid claims liabilities and deficits incurred by the insurance plan in the subject years had been recouped by the plaintiffs as a result of supplemental or increased levies on Law Society members. In this manner, the plaintiff had “passed off” the losses to Law Society members by way of supplementary and increased insurance levies.

sa perte. Autant que possible, le demandeur ne doit pas bénéficier d’une double indemnisation. Le reste de son analyse porte presque uniquement sur la question de la déductibilité des « prestations parallèles », en particulier les prestations qui s’apparentent à un salaire, des dommages-intérêts accordés pour la perte de salaire. La juge McLachlin semble imposer au demandeur la charge de prouver que le demandeur a en quelque sorte gagné toutes les prestations parallèles de ce genre et qu’il a cédé quelque chose en contrepartie de ces dernières. À mon avis, en toute déférence, les « prestations » ou « avantages » que Canfor veut qu’on déduise de son indemnité en l’espèce n’en sont pas, mais doivent être considérées comme des recettes des droits de coupe provenant d’opérations tout à fait indépendantes avec des tiers. Ces recettes accrues découlant des droits de coupe ne sont pas analogues aux prestations versées par des tiers à la personne lésée dans *Ratyck*. La Couronne cherche simplement à s’appuyer sur la notion généralement admise qu’en droit canadien, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas reconnu. Je vais donc aborder maintenant l’examen du transfert de la perte.

E. *Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte*

La question de savoir si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte existe en droit canadien a été étudiée récemment par le juge Ground dans *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (C.S.J.). Le juge Ground devait trancher des requêtes inscrites pour jugement sommaire présentées par les défendeurs. Ces derniers prétendaient que, même si une rupture de contrat, la négligence ou des déclarations inexactes par négligence pouvaient être établies, les demandeurs n’avaient subi aucun préjudice parce que toutes les obligations non réglées et les pertes non supportées par le régime d’assurance au cours des années en cause avaient été recouvrées par les demandeurs au moyen de cotisations supplémentaires ou d’augmentations des cotisations demandées aux membres du barreau. En majorant les cotisations au titre de l’assurance, la demanderesse avait ainsi transféré ses pertes aux membres du barreau.

Ground J. ruled that as a general principle, a wrongdoer should not be immune from liability for its wrongful acts simply because the person harmed by those acts was able to recoup the amount of the losses incurred by accessing other sources of revenue or existing contractual or statutory rights. In essence, he ruled at the summary judgment stage that no defence of passing on existed in Canada. The only known exception was the ruling of La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, a ruling which was restricted to a situation where a taxpayer brings an action to recover taxes paid under *ultra vires* legislation.

Borins J.A., at the Ontario Court of Appeal ((2003), 65 O.R. (3d) 577), overruled Ground J., first on procedural grounds, but second because he concluded that it was not “plain and obvious” that the passing-on defence, as a matter of law, did not exist in Canada. Notably, one of the chief reasons, if not the chief reason why Borins J.A. felt that the passing-on defence could be considered at trial related to the fact that this Court had only recently granted leave to appeal in this case. At para. 50, Borins J.A. states:

In this appeal, there is no better indicator that the law concerning the recognition of a passing on defence is unsettled than the decision of the Supreme Court of Canada, announced on the second day of the hearing, to grant leave to appeal from a decision of the British Columbia Court of Appeal on the issue of whether the Court of Appeal erred in accepting the “passing-off” defence and awarding no damages for commercial timber damaged or destroyed in a fire . . .

Ground J., although overruled with respect to the “plain and obvious” test, nonetheless conducted a very thorough and useful analysis of whether the defence of passing on exists at law in Canada. My overall conclusion is that the passing-on defence, on the facts of this case and generally, must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence. Although the plaintiff does indeed bear the burden

Le juge Ground a décidé qu’en règle générale, l’auteur de la faute n’est pas exonéré de responsabilité simplement parce que la personne lésée a pu recouvrer les pertes subies en recourant à d’autres sources de revenu ou en faisant valoir des droits contractuels ou conférés par la loi. Essentiellement, il a statué, à l’étape du jugement sommaire, que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’était pas reconnu au Canada. La seule exception connue restait la décision du juge La Forest dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, une décision applicable uniquement dans le cas d’un contribuable qui intente une action pour recouvrer des taxes payées en application d’une loi déclarée *ultra vires*.

Le juge Borins de la Cour d’appel de l’Ontario ((2003), 65 O.R. (3d) 577) a infirmé le jugement du juge Ground, d’abord en se fondant sur des moyens tenant à la procédure, mais aussi parce qu’il a conclu qu’il n’était pas [TRADUCTION] « manifeste » que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas reconnu en droit canadien. Il faut noter que l’un des principaux motifs, sinon le principal motif, pour lequel le juge Borins a estimé que ce moyen de défense aurait pu être considéré en première instance tenait au fait que notre Cour avait récemment autorisé le présent pourvoi. Au paragraphe 50, le juge Borins déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le présent pourvoi, la meilleure indication que le droit concernant la reconnaissance du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas établi est que la Cour suprême du Canada a, le deuxième jour de l’audition en l’espèce, annoncé qu’elle autorisait un pourvoi contre une décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique sur la question de savoir si la Cour d’appel avait commis une erreur en acceptant le moyen de défense fondé sur le « transfert de la perte » et en n’attribuant aucune indemnité pour le bois commercial endommagé ou détruit par le feu . . .

Bien que sa conclusion concernant le critère « manifeste » ait été infirmée, le juge Ground a néanmoins effectué une analyse très fouillée et utile de la question de la reconnaissance du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte au Canada. J’en arrive, en définitive, à la conclusion qu’au regard des faits de l’espèce et en général, il ne faut pas laisser ce moyen de défense s’enraciner dans la

of proving that he or she has suffered an actual loss, the plaintiff need only establish loss in the proximate sense. The courts need not go on to consider whether the plaintiff was able to recoup his or her losses by accessing other sources of revenue or exercising contractual or statutory rights.

198

Professor Waddams considers the defence of passing on in his text *The Law of Damages, supra*, at p. 15-38, and dismisses it outright. He discusses the case of *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1982] 1 S.C.R. viii, where a passing-on defence was rejected. Professor Waddams states as follows:

In a free market, the price charged for goods reflects market prices. Had the fraud not been committed the plaintiff would have obtained its goods more cheaply and could have sold the same quantity at the prices actually charged making a larger profit on the same quantity or (if it thought it profitable to do so) could have reduced the price and sold a larger quantity. If the defendant's argument, sometimes framed in terms of a defence of "passing on", were sound, many enterprises would be incapable of suffering losses. Again, it is suggested that the key factor is that the plaintiff in the *Oshawa Group* case could have charged the prices actually charged, in addition to retaining the benefit of the cheaper goods that it would have obtained from its suppliers in the absence of the fraud. [Footnote omitted.]

Here, the Crown could have charged the other licensees higher stumpage rates if it so chose, even in the absence of a forest fire. The Minister of Forests sets its own rates, after all. The Crown could also have decided not to raise stumpage fees for other licensees as a result of the fire, as it did in 1999.

199

In an indirect way this Court recently considered the passing-on defence in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, at para. 37 and paras. 63-66. The context was one of restitution. A type of passing-on

jurisprudence canadienne. Même si le demandeur a effectivement le fardeau de prouver qu'il a subi une perte réelle, il n'a à prouver que la perte représentant une conséquence immédiate. Les tribunaux n'ont pas à examiner si le demandeur a pu recouvrer ses pertes grâce à d'autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ou conférés par la loi.

Dans son ouvrage *The Law of Damages, op. cit.*, p. 15-38, le professeur Waddams traite du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte et le rejette d'emblée. Il examine l'arrêt *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1982] 1 R.C.S. viii, dans lequel le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été rejeté. Le professeur Waddams écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Sur le marché libre, le prix demandé pour des marchandises reflète le cours du marché. N'eût été la fraude, la demanderesse aurait payé un prix plus avantageux pour ses marchandises et aurait pu en vendre la même quantité aux prix effectivement demandés et faire un profit plus grand sur la même quantité ou (si elle avait jugé cela avantageux) elle aurait pu réduire le prix et en vendre une plus grande quantité. Si l'argument de la défenderesse, parfois appelé le moyen de défense du « transfert de la perte », était valable, bien des entreprises seraient incapables de subir des pertes. Encore une fois, on fait valoir que le facteur clef tient à ce que dans l'affaire *Oshawa Group*, la demanderesse aurait pu demander les prix effectivement demandés, en plus de conserver le profit résultant des marchandises moins chères qu'elle aurait obtenues de ses fournisseurs n'eût été la fraude. [Renvoi omis.]

En l'espèce, la Couronne aurait pu demander aux autres titulaires de permis des droits de coupe plus élevés, même sans incendie. Après tout, le ministre des Forêts fixe lui-même les prix. La Couronne aurait pu aussi décider de ne pas majorer les droits de coupe pour les autres titulaires en conséquence de l'incendie, ce qu'elle a fait en 1999.

Récemment, dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, par. 37 et 63-66, notre Cour a examiné indirectement le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Dans une action en restitution, l'entreprise de

defence was raised by the respondent utility company. The argument was that the utility company had passed on illegally obtained late-payment fees to other customers, and as such retained no benefit. The company was not enriched because it passed on the benefit. This Court refused to deal with the defence of passing on (a defence that Iacobucci J. correctly noted would fall under the broader rubric of a change of position defence in restitution law, at para. 37). In the law of restitution the enriched party cannot avail itself of the defence of change of position where the defendant is a wrongdoer. In *Garland, supra*, the defendant had collected the late payment fees in violation of the *Criminal Code*. The passing-on defence was passed over by this Court, for reasons of equity specific to restitution law. This equitable analysis, omnipresent in the restitution law context, is a good reason why the defence of passing on is perhaps best confined to that area of law. The Court decided that the defence did not apply for other reasons of equity, whereas presumably in tort law the same flexibility would not exist.

The only instance I am aware of where a passing-on defence has actually been allowed is the decision of this Court in *Air Canada, supra*. That decision dealt with the plaintiff airlines' claims for damages in the amount of gasoline taxes paid by them under a statute held to be *ultra vires* the Province. The case involved the law of restitution but, in essence, La Forest J. turned his mind to the question of whether the plaintiffs had actually suffered a loss, since the evidence indicated that the airlines had passed on the burden of the *ultra vires* tax to their customers. At pp. 1202-3, La Forest J. states as follows:

services publics défenderesse a présenté un moyen de défense de cette nature. Elle a fait valoir qu'elle avait fait bénéficier d'autres clients des sommes illégalement perçues au titre des frais pour paiement en retard, et qu'elle n'avait ainsi conservé aucun profit. Puisqu'elle avait transmis son profit à d'autres, la société ne s'était pas enrichie. Notre Cour a refusé de statuer sur le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte (un moyen qu'il convenait, comme l'a fait remarquer avec justesse le juge Iacobucci, d'examiner, en droit en matière de restitution, au regard du domaine plus large du moyen de défense fondé sur le changement de situation, au par. 37). Suivant les règles applicables en matière de restitution, la personne qui s'est enrichie ne peut pas faire valoir le moyen de défense fondé sur le changement de situation si elle a commis un délit. Dans l'arrêt *Garland*, précité, la défenderesse avait perçu des frais de paiement en retard en contravention du *Code criminel*. Notre Cour a écarté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte pour des motifs qui tiennent à l'équité et qui relèvent du domaine de la restitution. Cette analyse basée sur l'équité, omniprésente dans le contexte des règles de la restitution, illustre bien pourquoi il vaut peut-être mieux restreindre ce moyen de défense à ce domaine du droit. Pour d'autres motifs tenant à l'équité, la Cour a décidé que le moyen de défense ne s'appliquait pas, alors qu'en droit de la responsabilité civile délictuelle, une telle souplesse n'est vraisemblablement pas possible.

L'arrêt de notre Cour *Air Canada*, précité, est le seul cas où, à ma connaissance, on a fait droit au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Cette décision concernait une action engagée par les lignes aériennes demanderesse pour se faire rembourser le montant des taxes sur l'essence payées en application d'une loi déclarée *ultra vires* de la province. L'affaire portait sur le droit en matière de restitution, mais essentiellement, le juge La Forest s'est attardé sur la question de savoir si les demanderesse avaient effectivement subi une perte, car la preuve montrait que les lignes aériennes avaient transféré la charge de la taxe *ultra vires* à leurs clients. Aux p. 1202-1203, le juge La Forest fait ce commentaire :

In this case, I have no doubt that the province has been enriched through the imposition of this unconstitutional tax. A more difficult issue which could preclude recovery in this case, even if I were to base my decision solely on the application of restitutionary principles, is whether the enrichment of the province was at the expense of the plaintiff airlines. The Attorney General argued that the airlines were able to pass on the burden of the tax to their passengers. Counsel for Air Canada, however, strongly pressed that the “passing on” defence should only be available where the tax has been specifically charged to other identified parties so as to make those parties the true taxpayers. He submits that otherwise the fact that a tax may have been passed on is no ground on which to deny recovery. Though the airlines may have increased their prices to raise revenue to pay the tax, the resulting higher prices may have had an impact on sales volume which may in turn have an out-of-pocket impact on the airlines’ profit.

While it will take some time for the courts to work out the limits of the developing law of restitution, it is useful on this point to examine the American experience. Professor George E. Palmer, in his work, *The Law of Restitution*, makes the following comment (1986 Supp., at p. 255):

There is no doubt that if the tax authority retains a payment to which it was not entitled it has been unjustly enriched. It has not been enriched at the taxpayer’s expense, however, if he has shifted the economic burden of the tax to others. Unless restitution for their benefit can be worked out, it seems preferable to leave the enrichment with the tax authority instead of putting the judicial machinery in motion for the purpose of shifting the same enrichment to the taxpayer.

In my view there is merit to this observation, and if it was necessary I would apply it to this case as the evidence supports that the airlines had passed on to their customers the burden of the tax imposed upon them. The law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss. Its function is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the province made at the airlines’ expense. If the airlines have not shown that they bore the burden of the tax, then they have not made out their claim. What the province

En l’espèce, je ne doute pas que la province a été enrichie par l’imposition de la taxe inconstitutionnelle. Il est plus difficile de répondre à une autre question, qui pourrait exclure le recouvrement dans la présente affaire même si je fondais ma décision uniquement sur l’application des principes de restitution, la question de savoir si c’est aux dépens des lignes aériennes demanderesse que la province s’est enrichie. Le procureur général a fait valoir que les lignes aériennes ont pu reporter sur leurs passagers la charge que représentait la taxe. L’avocat d’Air Canada a toutefois soutenu énergiquement qu’on ne devrait pouvoir se prévaloir de ce moyen de défense (le report sur autrui) que lorsque la taxe a été spécifiquement reportée sur d’autres personnes déterminées, qui deviennent alors les véritables contribuables. Il prétend qu’autrement le fait qu’une taxe a pu être reportée sur autrui ne justifie aucunement le refus du recouvrement. Même si les lignes aériennes ont pu majorer leurs prix afin de produire les revenus nécessaires pour l’acquittement de la taxe, cette hausse a pu avoir des effets sur le volume de leurs ventes et, à son tour, entraîner une baisse de leurs profits.

Il faudra un certain temps pour que les tribunaux fixent les limites du droit en matière de restitution qui est en voie de se développer, mais il est utile à ce propos d’examiner l’expérience américaine. Le professeur George E. Palmer fait les observations suivantes dans son ouvrage intitulé *The Law of Restitution* (1986 supp., à la p. 255) :

[TRADUCTION] Il est certain que, s’il garde un paiement auquel il n’avait pas droit, le fisc reçoit un enrichissement illégitime. Il ne se sera cependant pas enrichi aux dépens du contribuable si ce dernier a fait supporter à d’autres personnes la charge économique de l’impôt. À moins que la restitution à ces personnes ne soit matériellement possible, permettre au fisc de conserver l’enrichissement semble préférable à une intervention des tribunaux pour faire passer cet enrichissement au contribuable.

À mon avis, ces observations sont justes et, si cela était nécessaire, je les appliquerais à la présente instance car, d’après la preuve, les lignes aériennes ont répercuté sur leurs passagers la charge de la taxe à laquelle elles étaient assujetties. Le droit en matière de restitution n’a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n’ont subi aucune perte. Il sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d’une richesse qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l’espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la province aux dépens des lignes aériennes. Si ces dernières ne sont pas parvenues à démontrer qu’elles ont supporté la charge de

received is relevant only in so far as it was received at the airlines' expense.

This alone is sufficient to deny the airlines' claim. However, even if the airlines could show that they bore the burden of the tax, I would still deny recovery. It is clear that the principles of unjust enrichment can operate against a government to ground restitutionary recovery, but in this kind of case, where the effect of an unconstitutional or *ultra vires* statute is in issue, I am of the opinion that special considerations operate to take this case out of the normal restitutionary framework, and require a rule responding to the specific underlying policy concerns in this area.

This Court stands at a crossroads. It must now decide whether the decision of La Forest J. in *Air Canada*, *supra*, should be limited to cases of taxes paid pursuant to an unconstitutional *ultra vires* statute (and perhaps also limited to the law of restitution), or whether the passing-on defence should be extended to the whole of private law.

The passing-on defence was also considered by the Ontario Court of Appeal in *Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403, again in the context of restitution law. In that case the airlines sought to recover monies paid pursuant to a misapplication of the provisions of the Ontario *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19. Robins J.A. rejected the argument made by the Province that to refund the airlines any part of the mistaken payments would amount to a windfall. He did so, however, on the basis of factual findings of the trial judge which indicated that the economic burden of the mistaken payments were not shifted to passengers (at p. 432):

This windfall argument, as persuasive as it may at first blush appear, was rejected by the trial judge on a factual basis. In response to it, he found:

la taxe, alors elles n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande. Ce qu'a pu recevoir la province n'est pertinent que dans la mesure où c'était aux dépens des lignes aériennes.

Cette seule raison suffit pour rejeter la demande des lignes aériennes. Toutefois, même si les lignes aériennes pouvaient prouver qu'elles ont supporté la charge de la taxe, je refuserais encore le recouvrement. Il est évident que les principes de l'enrichissement illégitime peuvent jouer contre un gouvernement et justifier le recouvrement aux fins de restitution, mais dans une affaire comme celle-ci, où il est question de l'effet d'une loi inconstitutionnelle ou *ultra vires*, je suis d'avis que certaines considérations spéciales font sortir l'affaire du cadre normal de la restitution et exigent une règle qui réponde aux questions de politiques sous-jacentes spécifiques à ce domaine.

Notre Cour se trouve à la croisée des chemins. Elle doit décider s'il y a lieu de restreindre l'application de la décision du juge La Forest dans l'arrêt *Air Canada*, précité, aux affaires dans lesquelles des taxes ont été payées conformément à une loi inconstitutionnelle *ultra vires* (et peut-être aussi au domaine de la restitution), ou si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte doit être étendu à l'ensemble du droit privé.

La Cour d'appel de l'Ontario a également examiné le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Air Canada c. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403, encore une fois dans le contexte du droit de la restitution. Dans cette affaire, les lignes aériennes tentaient de récupérer des sommes versées par suite d'une erreur d'application de la *Loi sur les permis d'alcool* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.19. Le juge Robins a rejeté l'argument présenté par la province selon lequel le remboursement aux lignes aériennes de toute partie des versements faits par erreur représenterait une aubaine. Il s'est cependant appuyé sur la conclusion de fait du juge de première instance et indiquant que la charge financière des paiements faits par erreur n'avait pas été reportée sur les passagers (p. 432) :

[TRADUCTION] Cet argument de l'aubaine, aussi convaincant soit-il à première vue, a été repoussé par le juge de première instance au vu des faits. En réponse à cet argument, il a conclu comme suit :

201

202

The evidence is to the contrary. Ticket prices and charges for liquor are a function of competitive conditions and are entirely independent of the cost of liquor. The economic burden of the mark-up and fees were not shifted to the passengers. In recent years, the airlines have been suffering operating losses. It should be noted, however, that no attempt is made to recoup those losses in future years. Those losses are regarded as "sunk" costs.

La preuve montre le contraire. Les prix des billets et les prix de l'alcool répondent aux conditions de la concurrence et sont tout à fait indépendants du coût de revient de l'alcool. La charge financière de la marge du coût de revient et des frais n'a pas été reportée sur les passagers. Au cours des dernières années, les lignes aériennes ont subi des pertes d'exploitation. Il faut toutefois remarquer qu'on ne tente aucunement d'imputer ces pertes sur les exercices suivants. Ces pertes sont tenues pour des coûts irrécupérables.

203

Robins J.A. dismissed the passing-on defence in *Liquor Control Board* on a "factual basis", as he put it. The question of whether the defence would have been successful in the absence of a factual basis to reject it was not addressed. The approach of Robins J.A. raises some interesting and problematic issues about a passing-on defence if applied to the law of torts. If this Court were to accept it, the plaintiff would effectively be forced to prove more than just the damages caused by the tortfeasor. The injured party would also have to show that it did not engage in any other business transactions which might have offset the loss, even if those business transactions did not stem from the injured party's increased capacity to earn that may have been the result of the defendant's negligence. So, for example, in the *Bugbusters* case and in the case at bar the plaintiff Crown was asked to establish both that a number of trees were destroyed by way of fire, and that this resulted in lower stumpage revenues for those particular trees. In addition, though, the plaintiff was also asked to engage in a very difficult economic analysis to show that it did not recoup those losses by charging higher prices to other customers. Significant dangers and difficulties arise with the imposition of this type of burden of proof. There are good reasons why the courts should not require a plaintiff to establish more than his or her proximate loss.

Le juge Robins a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Liquor Control Board* « au vu des faits », comme il le dit. Il n'a pas abordé la possibilité que le moyen de défense aurait été accepté si la situation factuelle s'y était prêtée. La démarche du juge Robins soulève des questions délicates et intéressantes au sujet de l'application de ce moyen de défense dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle. Si notre Cour devait l'accepter, la demanderesse ne pourrait plus se borner à établir le préjudice causé par l'auteur de la faute. La personne lésée devrait aussi démontrer qu'elle n'a pas réalisé d'autres opérations commerciales susceptibles de compenser la perte, même si ces dernières ne découlaient pas d'une capacité de gain qu'aurait augmentée la négligence de la défenderesse. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Bugbusters* et dans la présente espèce, on a demandé à la Couronne demanderesse d'établir qu'un certain nombre d'arbres avaient été détruits par le feu et que cette destruction avait causé une baisse des recettes de droits de coupe à l'égard de ces arbres. De plus, on a également demandé à la demanderesse de procéder à une analyse économique très difficile pour démontrer qu'elle n'avait pas recouvré ces pertes en majorant ses prix pour ses autres clients. L'imposition d'un pareil fardeau de preuve comporte des dangers et des difficultés considérables. Les tribunaux ont de bonnes raisons de ne pas obliger le demandeur à établir autre chose que sa perte immédiate.

204

The policy considerations which militate against the acceptance of a passing-on defence outside the restitution law context are aptly summarized in the following commentary from Holmes J. in *Southern Pacific, supra*. In that case, the defendant railroads argued that there should be no recovery available to

Les observations ci-après du juge Holmes dans *Southern Pacific*, précité, résument bien les principes de politique juridique qui militent contre l'acceptation du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans les domaines autres que la restitution. Dans cette affaire, les chemins de fer

the plaintiff shippers, who were charged excessive freight rates, because the plaintiffs had been able to pass on to their customers all of the costs of such excessive freight rates. At pp. 533-34, Holmes J. responded:

The only question before us is that at which we have hinted: whether the fact that the plaintiffs were able to pass on the damage that they sustained in the first instance by paying the unreasonable charge, and to collect that amount from the purchasers, prevents their recovering the overpayment from the carriers. The answer is not difficult. The general tendency of the law, in regard to damages at least, is not to go beyond the first step. As it does not attribute remote consequences to a defendant so it holds him liable if proximately the plaintiff has suffered a loss. The plaintiffs suffered losses to the amount of the verdict when they paid. Their claim accrued at once in the theory of the law and it does not inquire into later events. . . . Perhaps strictly the securing of such an indemnity as the present might be regarded as not differing in principle from the recovery of insurance, as *res inter alios*, with which the defendants were not concerned. If it be said that the whole transaction is one from a business point of view, it is enough to reply that the unity in this case is not sufficient to entitle the purchaser to recover, any more than the ultimate consumer who in turn paid an increased price. He has no privity with the carrier. . . . The carrier ought not to be allowed to retain his illegal profit, and the only one who can take it from him is the one that alone was in relation with him, and from whom the carrier took the sum. . . . Behind the technical mode of statement is the consideration . . . of the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result. . . . Probably in the end the public pays the damages in most cases of compensated torts.

Consider the “endlessness and futility” of the effort the Crown would have to make to rebut the presumption that has been held against it in the courts below, the presumption that it fully recouped its losses by raising stumpage rates via the CVP system after the Stone Creek fire. For each individual third-party licensee it would become necessary to individually determine, perhaps by survey or otherwise, whether they decreased their consumption as a result of the increase in stumpage fees.

défendeurs soutenaient que les expéditeurs demandeurs n’avaient pas droit à une indemnité pour l’imposition de tarifs marchandises excessifs parce que les demandeurs avaient pu transférer à leurs clients tous les surcoûts qui en résultaient. Aux p. 533-534, le juge Holmes répond à cet argument :

[TRADUCTION] La seule question devant nous est celle à laquelle nous avons fait allusion, savoir si, puisque les demanderesse ont pu transférer le préjudice occasionné par la perception excessive et en recouvrer le montant des acheteurs, elles sont empêchées de récupérer le trop-payé auprès des transporteurs. La réponse n’est pas difficile. La loi a généralement tendance, en ce qui a trait aux dommages-intérêts du moins, à ne pas dépasser la première étape. Elle n’impute pas les conséquences éloignées au défendeur, mais elle le tient responsable de la perte subie par le demandeur si cette perte est une conséquence immédiate. Quand elles ont payé les prix demandés, les demanderesse ont subi des pertes au montant établi par le verdict. Selon la théorie du droit, leur droit à une indemnité est né immédiatement et il est indépendant des faits ultérieurs. [. . .] Peut-être que, à proprement parler, une telle indemnité pourrait être assimilée en principe à une indemnité d’assurance, comme *res inter alios*, qui ne concernait pas les défenderesse. À l’argument que l’ensemble des opérations constitue, du point de vue commercial, une seule et même opération, il suffit de répondre que l’unité des opérations en l’espèce est insuffisante pour donner droit à recouvrement à l’acheteur, pas plus qu’au consommateur ultime qui a payé lui aussi un prix majoré. Il n’y a pas de connexité contractuelle avec le transporteur. [. . .] Il ne faut pas permettre au transporteur de conserver le profit acquis illicitement et la seule personne qui peut le lui enlever est celle qui avait un lien contractuel avec lui et de laquelle le transporteur a reçu la somme. [. . .] L’aspect technique de cet énoncé suppose la prise en considération [. . .] de la tâche interminable et vaine de suivre chaque opération jusqu’à son résultat ultime. [. . .] Au bout du compte, c’est probablement le public qui paie les dommages dans la plupart des cas où le préjudice est indemnisé.

Il faut s’arrêter à l’examen de la tâche « interminable et vaine » dont la Couronne devrait s’acquitter pour réfuter la présomption que les tribunaux inférieurs lui ont opposée et qui veut qu’elle ait recouvré ses pertes après l’incendie de Stone Creek en majorant les droits de coupe dans le cadre du système de PVC. Pour chaque titulaire de permis individuelle, il lui faudrait déterminer par une enquête ou autrement s’il a diminué sa consommation de bois à cause de la majoration des droits de coupe, s’il

That is, did they put off logging until the following year, or did they continue on as planned despite the increase in prices? On a macro-economic level, the Crown would be unable to separate the effect of the increased stumpage fees resulting from the forest fire from the effect of the increased stumpage stemming from other factors affecting the timber harvesting market in the B.C. Interior. The comments of White J. are apposite in *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), with respect to conducting this kind of after-the-fact analysis. At pp. 492-93, White J. remarks:

We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this [passing-on] defense. A wide range of factors influence a company's pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot be measured after the fact; indeed a businessman may be unable to state whether, had one fact been different (a single supply less expensive, general economic conditions more buoyant, or the labor market tighter, for example), he would have chosen a different price. Equally difficult to determine, in the real economic world rather than an economist's hypothetical model, is what effect a change in a company's price will have on its total sales. Finally, costs per unit for a different volume of total sales are hard to estimate. Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable. [Emphasis added.]

To the concerns of White J. I would add that one should in theory also look into the effect on corporate taxes, jobs and income tax levels on the Crown's ultimate revenues. The analysis would be "endless and futile" and the burden on the Crown next to impossible. The costs of mounting such an

a remis à l'année suivante ses activités d'exploitation forestière, ou s'il les a poursuivies comme prévu malgré la majoration des prix. Au niveau macro-économique, la Couronne ne pourrait distinguer l'effet de la majoration des droits de coupe résultant de l'incendie de celui de l'augmentation des droits de coupe due à d'autres facteurs touchant l'exploitation forestière dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), le juge White fait une observation juste au sujet de ce genre d'analyse a posteriori. Aux p. 492-493, on lit ces remarques :

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas persuadés par l'argument que de saines lois économiques commandent de reconnaître ce moyen de défense [du transfert de la perte]. Un large éventail de facteurs influent sur les politiques de prix d'une entreprise. Normalement, l'incidence d'un unique changement des conditions pertinentes ne peut pas être mesuré isolément après le fait; en réalité, il se peut qu'un chef d'entreprise soit incapable de dire si, dans l'hypothèse où un seul fait aurait été différent (l'accès à un fournisseur pratiquant un meilleur prix, une conjoncture économique très favorable ou une pénurie de main-d'œuvre, par exemple), il aurait établi le prix différemment. Il est tout aussi difficile de décider, dans le monde économique réel plutôt que selon un modèle hypothétique d'économiste, quel effet une modification de la politique de prix d'une société aura sur son chiffre de ventes total. Finalement, il est difficile d'évaluer les coûts unitaires en fonction du chiffre de ventes total. Même si l'on pouvait montrer que l'acheteur a augmenté son prix à cause du prix excessif, et en proportion du prix excessif, et que sa marge bénéficiaire et son chiffre de ventes total n'ont pas baissé après cela, il resterait une difficulté quasi insurmontable, c'est-à-dire démontrer que, n'eût été le prix excessif, le demandeur en cause n'aurait pas pu augmenter ou n'aurait pas augmenté ses prix, ou qu'il n'aurait pas pu maintenir le prix plus élevé si le prix excessif avait été abandonné. Comme la preuve de l'applicabilité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte exigerait une démonstration convaincante à l'égard de chacune de ces données pratiquement impossibles à établir, la tâche se révélerait normalement insurmontable. [Je souligne.]

Aux inquiétudes exprimées par le juge White, j'ajouterais qu'il faudrait, en théorie, examiner aussi l'effet final du transfert de la perte sur les recettes de la Couronne, ainsi que sur les niveaux de l'impôt des sociétés, de l'emploi et de l'impôt sur le revenu. L'analyse serait « interminable et vaine »

action are cause for concern, without even considering the near impossibility of conducting the full economic analysis necessary to convince a court that the losses were not passed on.

Consideration of the passing-on defence raises a further troubling aspect. The trial judge in *Liquor Control Board*, *supra*, made mention of the fact that airlines had been suffering losses in recent years — this to him was an indication that the costs had not all been shifted to customers. Would companies that have lost money be able to recover, while companies with positive profits would not as they have obviously managed to pass on the costs of the tortfeasor's negligence? Ground J. in *Ernst & Young*, *supra*, makes reference to these concerns at para. 40:

The claimants submit that the passing on defence has also been rejected by the courts on the basis that it would invite an endless and futile inquiry. They state that, as pointed out by Justice Holmes, every commercial entity could be accused of passing on all or part of any damages suffered by it, by its own rates or charges to its customer, and likewise, those customers could be accused of having passed on their increased costs by adjusting their own rates or charges when they deal with their customers, and so on and so on until one reaches the amorphous concept of “the public”. Following commercial transactions to their “ultimate result” would be, as Justice Holmes suggests, endless and futile. The passing on defence would, in effect, result in an argument that no damages are ever recoverable in commercial litigation because anyone who claimed to have suffered damages but was still solvent had obviously found a way to pass the loss on. [Emphasis added.]

Here the Crown has suffered damages in the proximate sense described by Holmes J. in *Southern Pacific*, *supra*. It has lost stumpage revenue on the damaged timber. The analysis should stop there, since looking to the CVP system means asking whether, by charging higher prices to other timber licensees, the Crown was able to offset its loss. This is an overly complicated and ultimately fruitless

et la Couronne devrait s'acquitter d'une charge quasi impossible. Le coût d'une telle recherche demeure source d'inquiétude, sans oublier la quasi-impossibilité de réaliser l'analyse économique complète nécessaire pour persuader un tribunal que les pertes n'ont pas été transférées.

L'examen du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte révèle un autre aspect inquiétant. Dans *Liquor Control Board*, précité, le juge de première instance a mentionné que les lignes aériennes avaient subi des pertes au cours des dernières années — ce qui, pour lui, indiquait que les coûts n'avaient pas été transférés aux clients. Les entreprises déficitaires auraient-elles seules droit à une indemnisation, alors que celles qui sont rentables en seraient privées car elles ont de toute évidence réussi à transférer les coûts occasionnés par la négligence de l'auteur de la faute? Dans *Ernst & Young*, précité, le juge Ground fait état de ces préoccupations au par. 40 :

[TRADUCTION] Les demandeurs soutiennent que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a également été rejeté par les tribunaux parce qu'il conduirait à une enquête interminable et vaine. Ils affirment, comme le souligne le juge Holmes, que toute entreprise pourrait être accusée de transférer tout ou partie du préjudice qu'elle a subi, par sa tarification ou les frais qu'elle demande aux clients, et ces mêmes clients pourraient être accusés de transférer leurs coûts accrus en rajustant la tarification pratiquée pour leurs clients, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à cet être amorphe qu'on appelle « le public ». Suivre chaque opération commerciale jusqu'à son « résultat ultime » représenterait, selon l'expression du juge Holmes, une tâche interminable et vaine. Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte permettrait, en fait, de prétendre qu'il ne sera jamais possible d'obtenir d'indemnité dans un litige commercial, parce que toute personne qui demande des dommages-intérêts mais qui est restée solvable a manifestement trouvé un moyen de transférer la perte. [Je souligne.]

En l'espèce, la Couronne a subi un préjudice qui est une conséquence immédiate du délit au sens où l'entendait le juge Holmes dans *Southern Pacific*, précité. Elle a perdu des recettes de droits de coupe à l'égard du bois endommagé. L'analyse doit s'arrêter là, car prendre en considération le système de PVC équivaut à se demander si, en exigeant des prix plus élevés des autres titulaires de permis

analysis. The Crown should not be punished because it attempted to recoup its losses by passing them on to other timber licensees in the B.C. Interior. At the outset of this trial, passing on was not a defence known to law outside of restitution law. At its finale, the result should be the same. Canfor's negligence resulted in a real loss. That loss was borne, not by the negligent party, but by the Crown to the extent that it was not able to pass on the loss, and by third parties, corporations and individuals within the B.C. Interior Region, to the extent that it was. I fail to see how this result is just and in conformity with long-held principles of tort law and damages.

F. *Passing on Is an Unrecognized Legal Defence, Not a Finding of Fact*

208

With respect for the views of my colleague, I cannot accept that it was open to the trial judge to find that the CVP system as a whole is the proper framework of analysis for determining loss, and that this finding of the trial judge should be awarded deference. To cast the trial judge's decision as a finding of fact is to let the legal defence of passing on in through the back door. The trial judge, in accepting Canfor's argument that the Crown suffered no loss as a result of the CVP system, was making a legal determination. The trial judge accepted that the Crown had not established their loss because they had passed on that loss to other timber licensees in the B.C. Interior. This, to my mind, is very much a question of law. No deference to the trial judge is due. This Court should face the passing-on defence head on.

209

My colleague recasts the losses from the Stone Creek fire as a mere local variation, which did not in any way detract from the revenue-generating

d'exploitation, la Couronne a pu compenser sa perte. Trop compliquée, cette analyse se révèle en fin de compte stérile. La Couronne ne doit pas être punie parce qu'elle a tenté de recouvrer ses pertes en les transférant sur d'autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Au début de l'instruction de la présente affaire, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n'était pas reconnu en droit, sauf dans le domaine de la restitution. Au terme de ce pourvoi, il devrait toujours en être ainsi. La négligence de Canfor a occasionné une perte réelle. Cette perte a été supportée non pas par la personne négligente, mais par la Couronne dans la mesure où elle n'a pu transférer cette perte, et lorsqu'elle y a réussi, par des tiers, des personnes morales et des particuliers du secteur de l'intérieur de la C.-B. Je ne vois pas en quoi un tel résultat est juste et conforme aux principes bien établis en droit de la responsabilité civile délictuelle.

F. *Le transfert de la perte est un moyen de défense qui n'est pas reconnu en droit; il n'est pas une conclusion de fait*

Je dois malheureusement exprimer mon désaccord avec mon collègue. Je ne peux pas admettre qu'il était loisible au juge de première instance de conclure que le système de PVC était le cadre de référence approprié pour déterminer la perte et qu'il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de ses conclusions sur ce point. La qualification de la décision du juge de première instance comme conclusion de fait introduit de façon détournée le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. En acceptant l'argument de Canfor que la Couronne n'avait pas subi de perte grâce au système de PVC, le juge a tiré une conclusion de droit. Il a reconnu que la Couronne n'avait pas établi sa perte parce qu'elle avait transféré cette perte à d'autres titulaires de permis du secteur de l'intérieur de la C.-B. Selon moi, il s'agit vraiment d'une question de droit. Sa décision ne justifie alors aucune déférence. Notre Cour doit donc aborder directement le moyen de défense du transfert de la perte.

Pour mon collègue, les pertes occasionnées par l'incendie de Stone Creek représentaient des variations locales qui n'avaient pas réduit la

capacity of the region (majority reasons, at para. 97). The majority cites from Mr. Gairns who states that in his expert report he was “evaluating the effect [of the fire] on Provincial revenues, not the effect on somebody paying stumpage in Stone Creek”. The majority then accepts that it was open to the trial judge to accept Mr. Gairns’ approach. With respect, it was not open to the trial judge to accept Mr. Gairns’ approach, because Mr. Gairns was essentially advocating a legal defence of passing on, even if cast in a factual light.

My colleague quite specifically states that the “law does not dictate an answer to the factual valuation problem on which [the experts] were asked to give . . . evidence” (majority reasons, at para. 102). With respect, the law does dictate an answer on this point — passing on is not a defence known to law. The trial judge erred in law in accepting the approach for valuing damages advocated by Canfor. It is irrelevant that this unrecognized defence was put forth by Canfor’s expert. Mr. Gairns may have been correct in terms of numbers and figures, but when he decided that the whole of the B.C. Interior, and the CVP system, was “the appropriate accounting framework” within which to identify relevant costs and revenues (majority reasons, at para. 102), he crossed the line and made a finding of law, and an incorrect one at that.

Finally, I fail to see how the case of *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (F.C.A.), is at all relevant to the facts before this Court. The case was about the Crown’s chosen method for setting landing fees, and whether it conformed with the wording of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3. The case would perhaps be useful if the question before this Court was whether the CVP system for setting prices was *intra vires* the governing legislation. It is entirely irrelevant to the question of whether the

capacité de la région de générer des recettes (motifs de la majorité, par. 97). Les juges majoritaires citent M. Gairns qui affirme que, dans son rapport d’expertise, il a [TRADUCTION] « évalué l’effet [du feu] sur les recettes de la province et non son effet sur une personne qui versait des droits de coupe à l’égard de la zone de Stone Creek ». Ils acceptent ensuite qu’il était loisible au juge de première instance d’accepter la méthode de M. Gairns. En toute déférence, il n’était pas loisible au premier juge d’accepter la méthode de M. Gairns, parce que ce dernier se trouvait essentiellement à préconiser le moyen de défense fondé en droit sur le transfert de la perte, même si c’était sous la forme d’un exposé factuel.

Mon collègue affirme précisément que le « droit ne dicte pas la solution qu’il faut apporter à la question de fait relative à l’évaluation sur laquelle on a demandé une expertise » (motifs de la majorité, par. 102). Avec tous égards, la loi dicte une solution sur ce point — le transfert de la perte n’est pas un moyen de défense reconnu en droit. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en acceptant la méthode d’évaluation des dommages-intérêts préconisée par Canfor. Il n’est pas pertinent que ce moyen de défense non reconnu ait été présenté par l’expert de Canfor. M. Gairns a certes pu calculer précisément en chiffres, mais quand il a décidé que l’ensemble du secteur de l’intérieur de la C.-B. et le système de PVC constituaient « le cadre comptable approprié » pour la détermination des coûts et des revenus pertinents (motifs de la majorité, par. 102), il a outrepassé les limites et tiré une conclusion de droit, par surcroît erronée.

Finalement, je ne vois pas en quoi la décision *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (C.A.F.), est pertinente eu égard aux faits du dossier soumis à notre Cour. Cette décision portait sur la méthode choisie par Sa Majesté pour établir les redevances d’atterrissage et la question de savoir si cette méthode était conforme au libellé de la *Loi sur l’aéronautique*, S.R.C. 1970, ch. A-3. La décision présenterait peut-être un intérêt si la question soumise à notre appréciation était celle de la conformité à la loi

210

211

CVP system for setting prices works to deny the Crown recovery in tort. Still more, *Aerlinte Eireann Teoranta* in no way stands for the proposition that the Crown is somehow limited by its own regulatory structure when seeking damages in tort.

212 I would accept the Crown's cross-appeal on this question and allow recovery of lost stumpage for the harvestable trees in the Stone Creek fire area.

III. Compensation for the ESA Trees

A. *Compensation for Environmental Damage*

213 As mentioned above, my second disagreement with the reasons of my colleague concerns compensation for the trees in the ESAs. The Crown is entitled to recover damages for the loss of the non-harvestable trees. Restoration costs cannot make the Crown whole given that the services of these trees will be lost for decades. The Province has put forward a type of benchmark or way to put a dollar value on their claim. That benchmark is the commercial value, i.e. stumpage value, of the environmentally protected trees. Significant flaws in the evidence persist, particularly with respect to the value of the environmental services the trees provided, but the ESA trees have value, the loss of which can and should be compensated in tort law to the extent the Crown was able to establish its loss. There is evidence of the commercial value of the trees in the riparian zones, and also on the steep slopes. The Crown should be awarded this commercial value, even if the trees in question have been set aside for environmental purposes.

214 The Crown seeks damages for the commercial value of the destroyed trees in the ESAs, plus what it terms an "environmental premium". I agree with

applicable du système de PVC pour la fixation des prix. Elle reste étrangère à la question de déterminer si le système de PVC pour la fixation des prix prive la Couronne du droit à une indemnisation. Par surcroît, l'arrêt *Aerlinte Eireann Teoranta* ne permet en rien d'affirmer que la structure réglementaire adoptée par la Couronne restreint en quelque sorte ses droits lorsqu'elle réclame des dommages-intérêts.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident de la Couronne sur cette question et d'accorder le recouvrement des droits de coupe perdus à l'égard des arbres récoltables dans la zone ravagée par l'incendie de Stone Creek.

III. Indemnisation pour les arbres des ZES

A. *Indemnisation pour le dommage environnemental*

Comme je l'ai dit précédemment, je ne puis souscrire aux motifs de mon collègue à propos de l'indemnisation pour les arbres des ZES. La Couronne a droit à des dommages-intérêts pour la perte des arbres réservés. Le coût de restauration ne saurait constituer une indemnisation intégrale pour la Couronne étant donné que les services que fournissent ces arbres seront perdus pendant des décennies. La province a proposé un genre de point de référence ou de moyen d'établir la valeur monétaire de sa perte. Il s'agit de la valeur marchande, c'est-à-dire la valeur des droits de coupe, des arbres protégés à des fins environnementales. D'importantes failles persistent dans la preuve, en particulier au sujet de la valeur des services environnementaux que fournissaient les arbres, mais les arbres des ZES ont une valeur, et la Couronne peut et doit être dédommée pour la perte de cette valeur dans la mesure où elle peut établir sa perte. Des éléments de preuve ont été produits quant à la valeur marchande des arbres des rives riveraines de même que des arbres en terrain escarpé. La Couronne devrait recouvrer cette valeur marchande, même si les arbres en question ont été réservés à des fins environnementales.

La Couronne demande un dédommagement pour la valeur marchande des arbres détruits dans les ZES, et réclame en plus ce qu'elle appelle une

the majority that no damages for an “environmental premium” can be awarded. The Crown should nonetheless receive the commercial value of the trees in the ESAs. If environmental protection were not a concern, the Crown could have allowed logging in the ESAs. The destroyed trees have at least this commercial value. The value of the Crown’s property has been diminished to at least this extent. In fact, in several cases the courts have seen fit to award damages for lost trees, over and above restoration costs, even in the face of difficult evidentiary constraints.

In *Dykhuisen v. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211 (B.C.C.A.), for example, the respondent municipality sought damages from the appellant, who had wrongly cut down trees belonging to the municipality. The Court of Appeal for British Columbia stated as follows, at pp. 213-14:

The contention advanced for Mr. Dykhuisen that the trees had no value to the municipality because they were wild, of no practical commercial use and in any event doomed to come down when his further subdivision was approved, has, in my view, no validity. . . .

The affected landowner, so long at least as the landowner is not committed to destruction of the affected property, is entitled to require that a wilful trespasser provide full compensation for that which he has destroyed. Nothing less is consistent with the owner’s right to decide what shall be done with the land — a right which a municipality enjoys for the benefit of its inhabitants.

The principal that one can take from the words of Taylor J.A. in *Dykhuisen* is that damages are available even where the trees are “wild” and “of no practical commercial use”.

The Court of Appeal for British Columbia thus awarded damages for the wild trees, stating as follows (at pp. 214-15):

« indemnité additionnelle au titre de l’environnement ». Je souscris à l’avis des juges majoritaires qu’il n’y a pas lieu d’accorder des dommages-intérêts qui constitueraient une « indemnité additionnelle au titre de l’environnement ». La Couronne devrait néanmoins obtenir la valeur marchande des arbres des ZES. Si la protection de l’environnement n’était pas une préoccupation, la Couronne aurait pu autoriser l’exploitation forestière dans les ZES. Les arbres détruits ont tout au moins cette valeur marchande. La valeur des biens de la Couronne a été diminuée au moins dans cette mesure. En fait, dans nombre de décisions, les tribunaux ont jugé bon d’accorder pour la perte d’arbres des dommages-intérêts en sus du coût de restauration, et ce en dépit des difficultés de preuve.

Dans *Dykhuisen c. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211 (C.A.C.-B.), par exemple, la municipalité intimée a réclamé des dommages-intérêts à l’appellant qui avait abattu illicitement des arbres appartenant à la municipalité. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a affirmé ce qui suit, aux p. 213-214 :

[TRADUCTION] La prétention de M. Dykhuisen selon laquelle les arbres n’avaient aucune valeur pour la municipalité parce qu’il s’agissait d’arbres sauvages qui n’avaient aucune utilité commerciale et pratique, et qui, de toute façon, étaient destinés à être coupés quand son nouveau lotissement serait approuvé, n’a, à mon sens, aucun fondement. . . .

Le propriétaire lésé, pourvu du moins qu’il ne se soit pas engagé à détruire le bien en cause, a le droit d’exiger de l’auteur d’une violation de propriété pleine indemnisation pour ce qu’il a détruit. Rien de moins ne se concilie avec le droit du propriétaire de décider de l’usage du bien-fonds — un droit dont jouit la municipalité au profit de ses habitants.

Selon le principe qui se dégage des propos du juge Taylor dans *Dykhuisen*, des dommages-intérêts peuvent être accordés même s’il s’agit d’arbres « sauvages » et « n’[a]yan[t] aucune utilité commerciale et pratique ».

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a donc accordé des dommages-intérêts à l’égard des arbres sauvages, en affirmant ce qui suit (p. 214-215) :

It is my view that the municipality in this case was entitled to be compensated for the loss of value In the case of trees used for the purpose of public or private enjoyment, damage for their deliberate destruction is not limited to the resulting diminution in value of the land, or the value of the wood as lumber or firewood, or the value which might be awarded in respect of them as compensation on an expropriation. The damages in such cases may extend to the cost of restoration or restitution, within reasonable bounds, together with compensation for loss of amenity to the extent that complete restoration cannot reasonably be affected. [Emphasis added.]

217

Dykhuizen speaks to the notion that trees, and other environmental goods, have intrinsic value over and above their commercial value. The Court of Appeal for British Columbia in *Dykhuizen* spoke of a “loss of amenity” but the principle is there: those trees were deemed to have intrinsic value, separate from their commercial value. This concept of the intrinsic value of environmental goods, as separate from commercial value, is in keeping with the fact that environmental protection is a fundamental value of Canadian society. Implicit in the judgment of the Court of Appeal in *Dykhuizen* is that the injured party can at least be rewarded damages for lost commercial value. *Dykhuizen* merely stated that in that case, where no commercial use was anticipated or possible, other forms of valuation exist.

218

I note in passing that *Dykhuizen* was overruled in *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), but only on the issue of the standing of the municipality to collect for loss of amenities. The appellant in *Prince Rupert* wrongly cut down 89 trees, all approximately 50 years old. On my reading of the case, the notion of the intrinsic value of trees was not disputed, in fact the appellant conceded that “loss of amenities”, if sought by an individual landowner, as opposed to a municipality, would be compensable. At para. 21, Southin J.A. states:

[TRADUCTION] J’estime que la municipalité avait droit, en l’espèce, à un dédommagement pour la perte de valeur [. . .] S’agissant d’arbres destinés à un usage public ou privé, les dommages-intérêts accordés en raison de leur destruction délibérée ne se limitent pas à la diminution de la valeur du bien-fonds qui en résulte, ni à la valeur des arbres en tant que bois d’œuvre ou bois de chauffage, ni non plus au montant d’une réparation qui serait accordée en compensation ou en indemnité pour expropriation. Les dommages-intérêts en pareil cas peuvent compenser le coût de restauration ou de restitution, dans des limites raisonnables, ainsi que l’indemnisation pour la perte de jouissance dans la mesure où la restauration complète ne peut raisonnablement être obtenue. [Je souligne.]

L’arrêt *Dykhuizen* fait intervenir la notion que les arbres, comme d’autres biens environnementaux, possèdent une valeur intrinsèque en sus de leur valeur marchande. Dans *Dykhuizen*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique mentionne une « perte de jouissance », mais le principe est posé : ces arbres étaient réputés avoir une valeur intrinsèque distincte de leur valeur marchande. Cette notion de valeur intrinsèque des biens environnementaux, distincte de leur valeur marchande, réaffirme que la protection de l’environnement est une valeur fondamentale au sein de la société canadienne. Dans cet arrêt, la Cour d’appel reconnaît implicitement que la personne lésée peut obtenir à tout le moins un dédommagement pour la perte de la valeur marchande. *Dykhuizen* affirme simplement que dans cette affaire, où aucun usage commercial n’était prévu ou possible, d’autres formes d’évaluation existaient.

Je fais remarquer en passant que la décision *Dykhuizen* a été écartée dans *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), mais seulement sur la question de l’intérêt de la municipalité pour demander une réparation pour perte de jouissance. Dans *Prince Rupert*, l’appellant avait abattu illicitement 89 arbres de 50 ans à peu près. Selon mon interprétation, la notion de valeur intrinsèque des arbres n’était pas contestée; l’appellant avait effectivement admis que la « perte de jouissance » serait indemnifiable si elle avait été revendiquée par un particulier plutôt que par une municipalité. Au paragraphe 21, le juge Southin affirme alors :

The appellants accept that if a trespasser cuts down the trees of a householder, the latter may be awarded some amount for loss of amenities. As to what are the amenities provided by a tree, I adopt the words of May J., as he then was, in a decision arising on the English tree preservation legislation, “. . . the underlying purpose of the relevant legislation is the preservation of trees and woodlands as amenities, as living creatures providing pleasure, protection and shade . . .” (*Barnet London Borough Council v. Eastern Electricity Board*, [1973] 2 All E.R. 319 (Q.B.) (p. 323)). [Emphasis added.]

The decision in *Prince Rupert* is a further case where the court would have awarded damages in excess of restoration costs because of the intrinsic value that trees have “as amenities, as living creatures providing pleasure, protection and shade”. The trees did not have commercial value *per se* but the Court of Appeal would nonetheless have awarded damages for the intrinsic value of the trees, for the loss of amenities associated with it, if it weren't for their concerns about standing.

In another decision of the Court of Appeal for British Columbia, *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, Proudfoot J.A. upheld the trial judge's decision to award damages over and above restoration costs. The defendant had cut down 13 trees on the plaintiff's property without permission. The trial judge awarded \$1,000 per tree for loss of amenities. Again, the trial judge made this award even though there was “no measurable diminution in value of the property” (p. 331). And at p. 333, Proudfoot J.A. noted that “No profits have been lost here. This case involved the appropriate award to compensate for the loss of 13 evergreen trees which the appellants may have chosen not to replace and which have no commercial value.”

In *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, the Ontario Court of Appeal tackled head on the problem of how to assess damages for destroyed trees. The case concerned damages for the

[TRANSLATION] Les appelants acceptent que, si l'auteur d'une violation de propriété coupe les arbres d'un propriétaire foncier, ce dernier peut obtenir un dédommagement pour perte de jouissance ou d'agrément. Pour définir en quoi consiste l'agrément que procure un arbre, je fais miens les propos du juge May (plus tard le lord juge May), dans une décision relative à la législation anglaise concernant la préservation des arbres : « . . . l'objectif fondamental de la législation en cause est la préservation des arbres et des boisés en tant qu'agréments, en tant que créatures vivantes, procurant plaisir, protection et ombre . . . » (*Barnet London Borough Council c. Eastern Electricity Board*, [1973] 2 All E.R. 319 (Q.B.) (p. 323)). [Je souligne.]

L'arrêt *Prince Rupert* est une autre décision dans laquelle le tribunal aurait accordé des dommages-intérêts en sus du coût de restauration en raison de la valeur intrinsèque des arbres « en tant qu'agréments, en tant que créatures vivantes, procurant plaisir, protection et ombre ». Les arbres n'avaient pas de valeur marchande en soi. Cependant, la Cour d'appel aurait néanmoins accordé un dédommagement pour leur valeur intrinsèque et pour la perte de jouissance de ceux-ci, n'eût été ses difficultés avec la reconnaissance de la qualité pour agir de la demanderesse.

Dans une autre décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, le juge Proudfoot a maintenu la décision du juge de première instance accordant des dommages-intérêts en sus du coût de restauration. Le défendeur avait abattu sans permission 13 arbres sur le terrain du demandeur. Le juge a accordé 1000 \$ par arbre pour perte de jouissance. Là encore, le juge a accordé cette somme même si l'on n'avait établi [TRANSLATION] « aucune diminution mesurable de la valeur de la propriété » (p. 331). Et à la p. 333, le juge Proudfoot a fait remarquer ce qui suit : [TRANSLATION] « Il n'y a pas eu perte de profit en l'espèce. Cette affaire portait sur la somme appropriée pour compenser la perte de 13 conifères que les appelants ont peut-être choisi de ne pas remplacer et qui n'ont aucune valeur marchande. »

Dans *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, la Cour d'appel de l'Ontario a abordé de front le problème de l'évaluation des dommages-intérêts pour les arbres détruits. L'affaire portait sur

loss of three trees which the respondent company had cut down on a road allowance. The decision is notable because despite being faced with less evidence than it would have liked, the court was nonetheless determined to award some form of damages representing the intrinsic value of the damaged trees. At p. 257, the court states as follows:

In our judgment, the municipality is, in a broad general sense, a trustee of the environment for the benefit of the residents in the area of the road allowance and, indeed, for the citizens of the community at large. While the diminution in value of the road allowance stands on a different footing than that of private land deprived of ornamental or shade trees, it is nevertheless a real and substantial loss. The appellant borough, as a responsible local government, spent a great deal of money in nurturing these trees to maturity, pruning and taking care of them over the years. No doubt, the restoration process will be long and costly. In the meantime, the road allowance has been reduced in monetary as well as aesthetic value. Although the evaluation method is said to be intended for use in evaluating trees in landscape designs as well as street planting, the criteria in the formula for the compensation of private owners suffering loss of trees cannot be adopted in this case because the loss to a municipality is quite different. The diminution in value of a road allowance, which normally is not marketable land, must necessarily differ from that of privately owned, landscaped property, even if the trees on both properties are intrinsically similar. No such distinction is made by the horticultural experts who prepared the formula, or by the experts at trial whose opinion was based on it. No argument was addressed to us as to how one assesses damages for the loss to a municipality of the intrinsic or environmental value of trees which have been destroyed; therefore consideration of the compensability or calculation of that element of damage must be left to be determined in an appropriate case.

We are satisfied that the learned trial Judge correctly rejected the formula which may be appropriate, when supported by expert evidence, in the calculation of the loss of ornamental shade trees on private residential, commercial or industrial property. In our view, however, the appellant has suffered a greater loss than the mere replacement value which appears to have been assessed at trial. The difficulty presented in the appraisal of such damages should not preclude a Court from attempting it, even though the record is unsatisfactory. On the

perte de trois arbres que la société intimée avait abattus sur une réserve routière. La décision mérite d'être signalée parce que la cour, malgré une preuve plus ténue qu'elle l'aurait souhaité, a tout de même décidé d'accorder en dédommagement une somme représentant la valeur intrinsèque des arbres endommagés. À la page 257, le juge affirme ce principe au nom de la cour :

[TRADUCTION] À notre avis, la municipalité est, dans un sens large, fiduciaire de l'environnement au profit des habitants de la zone de la réserve routière et, de fait, des citoyens de toute la collectivité. Même si la diminution de la valeur de la réserve routière n'est pas sur le même pied que celle de la valeur d'un terrain privé dépouillé de ses arbres d'ornement ou de ses arbres d'ombrage, elle constitue néanmoins une perte réelle et importante. La municipalité appelante, une administration locale responsable, a dépensé beaucoup d'argent pour amener ces arbres à maturité, les élaguer et en prendre soin au fil des ans. Il ne fait aucun doute que le processus de restauration sera long et coûteux. Entre-temps, la réserve routière a perdu de sa valeur monétaire et de sa valeur esthétique. Même si on dit que la méthode d'évaluation doit permettre d'évaluer tant les arbres de jardins paysagers que les arbres qui bordent les rues, on ne peut en l'espèce recourir aux critères de la formule d'indemnisation des propriétaires fonciers qui ont perdu des arbres parce que la perte subie par une municipalité est très différente. La diminution de la valeur d'une réserve routière, qui n'est pas normalement un bien commercialisable, doit nécessairement différer de celle de la valeur d'un terrain privé paysager, même si les arbres sur les deux types de propriété sont intrinsèquement similaires. Les horticulteurs qui ont élaboré la formule ne font pas cette distinction, ni non plus les experts à l'instruction qui ont basé leur avis sur cette formule. Aucun argument ne nous a été soumis en ce qui concerne la façon d'évaluer les dommages-intérêts pour la perte que représente, pour une municipalité, la valeur intrinsèque ou environnementale des arbres détruits; en conséquence, la possibilité de compenser ou d'évaluer cet élément du dommage devra être examinée à une autre occasion propice.

Nous sommes convaincus que, s'agissant d'évaluer la perte d'arbres d'ornement et d'ombrage sur des terrains privés, commerciaux ou industriels, le juge de première instance a eu raison de rejeter la formule, encore qu'elle puisse être appropriée quand elle est étayée par des témoignages d'expert. À notre avis toutefois, l'appelante a subi une perte qui dépasse la simple valeur de remplacement qui semble avoir été estimée en première instance. Un tribunal ne doit pas reculer devant la difficulté que revêt l'évaluation de tels dommages, même si la preuve au

evidence before us, we assess the damages of the appellant at \$1,500.00 for the loss of each of the two larger trees and \$1,000.00 for the 18 inch tree, for a total assessment of \$4,000.00. . . . [Emphasis added.]

So, the Ontario Court of Appeal acknowledged that it was not going to address the issue of the intrinsic or environmental damages from the loss of trees, but nonetheless held that damages were due for more than the mere replacement value of the trees. The court also went ahead with an assessment of damages, even though the task was a difficult one. The Ontario Court of Appeal then awarded \$4,000 in damages for three trees where it appeared that replacement costs were only \$400 for similar trees, with a considerable amount of time needed for the trees to mature (p. 256). The court came up with a number, even in the face of unsatisfactory evidence. With respect, this Court should do as the Ontario Court of Appeal did in *Scarborough*, and tackle the problem of damages, even if the evidence on assessing intrinsic and environmental damages is not entirely satisfactory.

If I could summarize the approach of the courts in the cases above, they accepted first that the destroyed trees were worth more than their mere replacement value. Second, the courts set about to award further damages by basing their calculations on whatever evidence was before them. One consideration appears to have been the degree to which the loss of the trees involved affected property value (a commercial value assessment) — in the above cases this was generally not relevant. Considerations of aesthetic value and loss of amenity came next and the courts showed a willingness to award damages for this type of loss. The environmental value of the trees was not dealt with in any of the cases, except that the question was dismissed in *Scarborough* for lack of evidence.

dossier est insuffisante. Au vu des éléments de preuve devant la cour, nous évaluons les dommages subis par l'appelante à 1 500 \$ pour la perte de chacun des deux grands arbres et à 1 000 \$ pour celui de 18 pouces, soit au total 4 000 \$. . . [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario a donc déclaré qu'elle n'allait pas examiner la question des dommages intrinsèques ou environnementaux attribuables à la perte des arbres, mais elle a néanmoins décidé que le dédommagement devait excéder la simple valeur de remplacement des arbres. La cour a également évalué les dommages-intérêts en dépit des difficultés que présentait cette évaluation. La Cour d'appel de l'Ontario a accordé 4 000 \$ en dommages-intérêts pour trois arbres alors que le coût de remplacement semblait n'être que de 400 \$ pour des arbres similaires, et qu'il fallait beaucoup de temps pour que les arbres atteignent leur plein développement (p. 256). La cour a fixé le montant des dommages-intérêts malgré les faiblesses de la preuve. J'estime en toute déférence que notre Cour devrait suivre la voie tracée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Scarborough* et attaquer de front le problème de l'évaluation des dommages-intérêts, même si la preuve permettant d'évaluer les dommages intrinsèques et environnementaux n'atteint certes pas à la perfection.

Je peux résumer la démarche retenue par les tribunaux dans les décisions ci-dessus en quelques lignes. Ils ont d'abord accepté que la valeur des arbres détruits dépassait la simple valeur de remplacement. Ensuite, ils ont cherché à accorder une indemnité additionnelle en basant leur calcul sur les éléments de preuve dont ils disposaient. Ils semblent avoir pris en compte la mesure dans laquelle la perte des arbres en cause avait modifié la valeur du bien-fonds (une évaluation de la valeur marchande) — dans les décisions ci-dessus, la valeur marchande n'était généralement pas pertinente. Puis, les tribunaux ont pris en considération la valeur esthétique et la perte de jouissance, et ils se sont montrés disposés à accorder des dommages-intérêts pour ce type de perte. La valeur écologique des arbres n'a été examinée dans aucune de ces décisions, sauf dans *Scarborough* où ce facteur a été écarté faute de preuve.

221

222

B. *The Approach of the Court of Appeal*

223

The Court of Appeal for British Columbia awarded the Crown one third of the commercial value of the ESA trees. In the words of Hall J.A. at para. 76:

In a case where proper assessment of damages is as fraught with uncertainty as it is here, I think that a court should exercise caution in deciding on an appropriate award of damages for the proven loss suffered. For the reasons I have enunciated above, to award damages equivalent to or greater than the valuation of the commercial timber would not seem right to me. In this case, I believe it would not be unfair, however, to award a proportion of that value as a fair estimate of the loss suffered by the appellant. I would therefore order that the appellant recover on account of the timber destroyed in the E.S.A.s a sum equivalent to one third of its value.

224

With respect, and in light of the above case law, commercial value, i.e. the degree to which the presence of the trees raises the property value of the land in question must be the minimum value of the destroyed trees, with loss of amenity, aesthetic value and environmental value added on. The commercial value of the ESA trees can be nothing less than a lower bound in the determination of damages. To say that the value of the trees in question is only a portion of their commercial value is to significantly devalue the Crown's loss.

225

The trees were set aside for environmental reasons. This to me indicates that they have a value at least equal to their alternative commercial value. I note also that the trees in the riparian zones were slated for commercial logging at the time of the fire and it was only after the fire that they were designated to be in ESAs. As the majority also notes in their reasons, even Canfor's expert took the view that the riparian areas should be included in the valuation of the Crown's loss, although they did so because the trees in the riparian zones were available for logging at the time of the fire. In my view, even if the trees had not been slated for logging in 1992, the time of the fire, the Crown should still be awarded the alternative commercial value of the trees in the ESAs. The analogy one can draw is to a homeowner

B. *La démarche de la Cour d'appel*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé à la Couronne un tiers de la valeur marchande des arbres des ZES. Pour reprendre les propos du juge Hall, au par. 76 :

[TRADUCTION] Quand la bonne façon d'évaluer les dommages-intérêts est aussi incertaine que dans le cas qui nous occupe, je pense qu'un tribunal doit faire montre de prudence en établissant le montant de l'indemnité qu'il convient d'accorder à l'égard du préjudice prouvé. Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, il ne m'apparaît pas juste d'accorder des dommages-intérêts pour un montant équivalant ou supérieur à la valeur du bois commercial. Je suis cependant d'avis qu'en l'espèce, il ne serait pas inéquitable d'accorder un montant proportionnel à cette valeur à titre d'estimation juste de la perte subie par l'appelante. J'accorderais donc à l'appelante, au titre du bois détruit dans les Z.E.S., une somme équivalant au tiers de sa valeur.

En toute déférence et compte tenu de la jurisprudence précitée, la valeur marchande, c'est-à-dire la mesure dans laquelle la présence des arbres augmente la valeur des terrains en question, doit être la valeur minimale des arbres détruits, à laquelle s'ajoutent la perte de jouissance, la valeur esthétique et la valeur environnementale. Dans la détermination de l'indemnité, la valeur marchande des arbres dans les ZES ne saurait être qu'un minimum. Dire que la valeur des arbres en question n'est qu'une fraction de leur valeur marchande revient à sous-évaluer grandement la perte de la Couronne.

Les arbres ont été réservés pour des raisons liées à l'environnement. Selon moi, cela indique que leur valeur est au moins égale à la valeur marchande comparée. Je remarque en outre que les arbres des aires riveraines étaient compris dans des aires exploitables au moment de l'incendie et ce n'est qu'après l'incendie qu'ils ont été englobés dans des ZES. Comme le font observer les juges majoritaires dans leurs motifs, même l'expert de Canfor s'est dit d'avis que les aires riveraines devaient être incluses dans l'évaluation de la perte subie par la Couronne, bien qu'il ait fondé son avis sur le fait qu'au moment de l'incendie, l'exploitation des aires riveraines était permise. À mon avis, même s'il était prévu que les arbres ne seraient pas récoltés en 1992, au moment de l'incendie, il faudrait quand même accorder à la

who refuses to sell his or her house. Since the owner refuses to sell at, say \$100,000, the conclusion is that the house is worth more than \$100,000 to the homeowner. Even if the home is so valuable to that individual that he or she would not sell at any price, there is still no logical reason to conclude that the value of the house is less than \$100,000.

This Court has repeatedly stated that environmental protection is a fundamental value of Canadian society: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. To imply that environmentally protected commercial resources somehow lose their commercial value once they become the subject of environmental protection is to contradict that fundamental Canadian value. To accept the approach of the Court of Appeal is to fundamentally undervalue the Crown's and society's loss.

C. Commercial Value Works as a Proxy for the Crown's Loss

Although it is an imperfect measure, stumpage value can serve as a proxy for the value of the trees destroyed in the ESAs. Mr. Gairns already included the value of the riparian zone trees in his report. The stumpage value of nearby, unprotected trees can serve as a proxy for the value of the destroyed trees on the steep, sensitive slopes. The Province's expert, Mr. Reznik, also set his mind to the question of how to value the ESA timber. The following questions were asked of Mr. Reznik in the examination in chief by the Crown:

Q. All right. Sir, just to be clear, this is timber that is generally located in environmentally sensitive areas?

A. That's correct.

Couronne la valeur marchande comparée des arbres des ZES. On peut faire une analogie avec un propriétaire qui refuse de vendre sa maison. Puisqu'il refuse de la vendre, disons pour 100 000 \$, il faut conclure que pour lui, la valeur de la maison dépasse 100 000 \$. Même si ce propriétaire accorde une telle valeur à sa maison qu'il ne la vendrait à aucun prix, aucune raison logique ne permet de conclure que la maison vaut moins de 100 000 \$.

Notre Cour a affirmé à maintes reprises que la protection de l'environnement est une valeur fondamentale au sein de la société canadienne : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; et *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. Il serait contraire à cette valeur fondamentale canadienne de laisser entendre que des ressources commerciales visées par des mesures de protection de l'environnement perdent leur valeur marchande dès qu'elles font l'objet de telles mesures. Accepter la démarche retenue par la Cour d'appel revient à sous-estimer grandement la perte de la Couronne et de la société.

C. La valeur marchande comme indicateur de la perte de la Couronne

Même si elle reste une mesure imparfaite, la valeur des droits de coupe peut servir d'indicateur de la valeur des arbres détruits dans les ZES. M. Gairns a déjà inclus dans son rapport la valeur des arbres des aires riveraines. La valeur des droits de coupe établie à l'égard des arbres récoltables dans les aires voisines peut être indicateur de la valeur des arbres détruits qui se trouvaient en terrain escarpé vulnérable. L'expert de la province, M. Reznik, s'est appliqué lui aussi à trouver une façon d'évaluer le bois des ZES. L'avocat de la demanderesse a posé à M. Reznik les questions suivantes lors de son interrogatoire principal :

[TRADUCTION]

Q. Bon. Monsieur, juste pour que les choses soient bien claires, il s'agit du bois qui se trouve en général dans les zones écosensibles?

R. C'est exact.

226

227

Q. And despite the fact that it's – the government basically prohibits the logging of that, you assigned a value to it. Why – what value did you assign?

A. We assigned it based on the assumption that it was harvested in the same manner as the – as the merchantable timber. In our original report, we . . . valued this component of the claim based on the value – based on the stumpage rates in existence as of the date of the Stone Fire. We subsequently changed that. It's a difficult area to value because of the environmental value and I'm not an expert in environmental issues. So I took the – the economic approach and assigned it that value.

228

The Province may have adopted a method of valuation that understates the full economic, intrinsic and environmental loss associated with the destruction of the ESA trees, but they nonetheless adduced evidence as to its partial value, namely its commercial component. I would therefore adopt the Crown's chosen approach to valuation of the ESAs.

IV. Conclusion

229

I would dismiss Canfor's appeal. I would allow the Crown's cross-appeal and permit recovery of the commercial value of the protected trees in the ESAs.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, with costs, BASTARACHE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant/cross-respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitor for the respondent/cross-appellant: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Forest Practices Board: Forest Practices Board, Victoria.

Q. Et malgré le fait que c'est – que, fondamentalement, le gouvernement interdit l'exploitation de ce bois, vous avez attribué une valeur à ce bois. Pourquoi – quelle valeur avez-vous attribuée?

R. Nous avons établi sa valeur en supposant qu'il serait récolté de la même manière que le – que le bois commercial. Dans notre rapport initial, nous [. . .] avons évalué cet élément de la réclamation en fonction de la valeur – en fonction des taux des droits de coupe existants à la date de l'incendie de Stone. Nous l'avons modifié par la suite. C'est une aire à l'égard de laquelle l'évaluation est difficile en raison de la valeur environnementale et je ne suis pas un expert des questions environnementales. Alors, j'ai opté pour la – l'évaluation économique et lui ai attribué cette valeur.

La province a peut-être adopté une méthode d'évaluation qui sous-estime la perte économique, intrinsèque et environnementale attribuable à la destruction des arbres dans les ZES, mais elle a néanmoins présenté au moyen de la valeur marchande de ces arbres une preuve établissant la valeur partielle de cette perte. Je suis par conséquent d'avis d'adopter la méthode retenue par la Couronne pour évaluer les arbres des ZES.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Canfor, d'accueillir le pourvoi incident de la Couronne et de permettre le recouvrement de la valeur marchande des arbres protégés des ZES.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, avec dépens, les juges BASTARACHE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le Conseil des pratiques forestières : Conseil des pratiques forestières, Victoria.

Solicitor for the interveners the Sierra Club of Canada and the David Suzuki Foundation: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Solicitors for the interveners the Council of Forest Industries, the Forest Products Association of Canada and the Coast Forest & Lumber Association: Hunter Voith, Vancouver.

Procureur des intervenants le Sierra Club du Canada et David Suzuki Foundation : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureurs des intervenants Council of Forest Industries, l'Association des produits forestiers du Canada et Coast Forest & Lumber Association : Hunter Voith, Vancouver.

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2004 Vol. 2

2^e cahier, 2004 Vol. 2

Cited as [2004] 2 S.C.R. 185-370

Renvoi [2004] 2 R.C.S. 185-370

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

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

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

| | | |
|--------------------|--|-----------------------|
| JANICE CHENEY | ARCHIBALD MCDONALD | JACQUELINE STENCEL |
| HARLEY D'AOÛT | JOANNE NORMAN | NICOLA SUTTON |
| CHANTAL DEMERS | RÉMI SAMSON | LESLI TAKAHASHI |
| VALERIE DESJARLAIS | LOUISE SAVARD | CAMERON TAYLOR |
| LEE ANN GORMAN | MARY JANE SINCLAIR | WITOLD TYMOWSKI |
| KAREN LEVASSEUR | IDA SMITH | TIMOTHY WILSON |
| STEPHEN BALOGH | Jurilinguists / Jurilinguistes CHRISTIAN C.-DESPRÉS | ROSALIE TO-THANH-HIEN |
| RICHARD BERBERI | JACQUES GAGNÉ | CLAIRE VALLÉE |

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re).....248

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Self-incrimination — Terrorism — Investigative hearings — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Constitutional law — Judicial independence — Impartiality — Investigation of terrorism offences — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes principles of judicial independence and impartiality — Constitution Act, 1867, Preamble — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Retrospectivity — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether provision for investigative hearings applicable to incidents that occurred prior to its enactment — Whether provision procedural in substance and effect — Whether presumption of immediate effect rebutted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Independence of Crown — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether independence of Crown counsel compromised by judicial investigative hearing process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Whether purpose of investigative hearing was pre-trial discovery of evidence.

Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)223

Civil rights — Human rights tribunal — Jurisdiction — Complainant leaving work on maternity leave no longer entitled to receive social assistance benefits provided to low income families with children under income security legislation — Complainant alleging discrimination on basis of sex and pregnancy — Commission des affaires sociales having jurisdiction to deal with disputes concerning ministerial decisions to discontinue a person's benefits under legislation — Whether Commission has exclusive jurisdiction over dispute — Whether Human Rights Tribunal may decide issue of alleged discrimination.

Continued on next page

SOMMAIRE

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)248

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Terrorisme — Investigations — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Impartialité — Enquête relative à des infractions de terrorisme — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation viole-t-elle les principes de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Rétrospectivité — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — La disposition prévoyant les investigations peut-elle s'appliquer à des faits survenus avant son adoption? — Cette disposition est-elle de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets? — La présomption de prise d'effet immédiate est-elle réfutée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Indépendance du ministère public — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — Le processus d'investigation judiciaire compromet-il l'indépendance de l'avocat du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — L'investigation avait-elle pour objet d'obtenir la communication préalable d'éléments de preuve?

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général).....185

Droit du travail — Arbitre en droit du travail — Compétence — Différend en matière de relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Insertion d'une clause discriminatoire dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)185

Labour law — Grievance arbitrator — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue — Discriminatory clause included in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

Civil rights — Human rights tribunal — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue — Discriminatory clause in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

R. v. Rémillard.....246

Criminal law — Evidence — Admissibility — Sexual offences — Whether accused's statements admissible.

Vancouver Sun (Re)332

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Open court principle — Level of secrecy applicable to judicial investigative hearing proceedings — Whether Crown's application for order for investigative hearing properly heard in camera — Whether existence of order for investigative hearing ought to have been secret — Whether hearing for determining constitutional validity of investigative hearing provision and validity of order for investigative hearing should have been conducted in camera — Whether investigative hearing must be held in camera — Applicability of Dagenais/Mentuck test — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

SOMMAIRE (Fin)

Libertés publiques — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Différend en matière de relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Clause discriminatoire insérée dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne).....223

Libertés publiques — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Plaignante en congé de maternité inadmissible au versement, en vertu d'une loi sur la sécurité du revenu, de prestations d'aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge — Allégation, par la plaignante, de discrimination fondée sur le sexe et la grossesse — Commission des affaires sociales ayant le pouvoir de statuer sur tout litige relatif à la décision du ministre de cesser de verser des prestations à une personne sous le régime de la loi — La Commission a-t-elle compétence exclusive à l'égard du litige? — Le Tribunal des droits de la personne peut-il statuer sur l'allégation de discrimination?

R. c. Rémillard.....246

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel — Les déclarations de l'accusé sont-elles inadmissibles?

Vancouver Sun (Re)332

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Principe de la publicité des procédures judiciaires — Le niveau de secret applicable aux procédures d'investigation judiciaire — L'audition de la demande du ministère public visant la tenue de l'investigation judiciaire aurait-elle dû se faire à huis clos? — Aurait-il fallu garder secrète l'existence de l'ordonnance d'investigation judiciaire? — L'examen de la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant la tenue d'une investigation judiciaire et de la validité de l'ordonnance d'investigation aurait-il dû se faire à huis clos? — L'investigation judiciaire doit-elle se dérouler à huis clos? — Applicabilité du critère de Dagenais/Mentuck — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, acting on behalf of Normand Morin, Jocelyne Fortin, Chantal Douesnard, Josée Thomassin, Claude Dufour et al. *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec, Centrale de l'enseignement du Québec, now Centrale des syndicats du Québec, and Fédération des syndicats de l'enseignement *Respondents*

and

Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Quebec Human Rights Tribunal, Confédération des syndicats nationaux, Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec and Canadian Union of Public Employees *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2004 SCC 39.

File No.: 29188.

2003: October 14; 2004: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Grievance arbitrator — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue — Discriminatory clause included in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

Civil rights — Human rights tribunal — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue —

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, agissant en faveur de Normand Morin, Jocelyne Fortin, Chantal Douesnard, Josée Thomassin, Claude Dufour et autres *Appelante*

c.

Procureur général du Québec, Centrale de l'enseignement du Québec, désormais Centrale des syndicats du Québec, et Fédération des syndicats de l'enseignement *Intimés*

et

Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Tribunal des droits de la personne du Québec, Confédération des syndicats nationaux, Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec et Syndicat canadien de la fonction publique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2004 CSC 39.

N° du greffe : 29188.

2003 : 14 octobre; 2004 : 11 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Arbitre en droit du travail — Compétence — Différend en matière de relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Insertion d'une clause discriminatoire dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

Libertés publiques — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Différend en matière de

Discriminatory clause in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

The teachers' unions entered into a modification of a collective agreement with the Province, which affected a minority group composed primarily of younger and less experienced teachers. The younger teachers complained to the Quebec Human Rights Commission that the agreement discriminated against them, treating them less favourably than older teachers and violating the equality guarantee of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Commission brought the matter before the Human Rights Tribunal. The respondents filed a motion asking the Tribunal to decline jurisdiction on the ground that the labour arbitrator possessed exclusive jurisdiction over the dispute. The Tribunal rejected the motion but the Quebec Court of Appeal reversed the decision.

Held (Bastarache and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The Human Rights Tribunal has jurisdiction over the dispute.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie and Fish JJ.: *Weber* does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes. Depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction. The question in each case is whether the relevant legislation applied to the dispute at issue, taken in its full factual context, establishes that the labour arbitrator has exclusive jurisdiction over the dispute. The first step is to look at the relevant legislation and what it says about the arbitrator's jurisdiction. The second step is to look at the nature of the dispute, and see whether the legislation suggests it falls exclusively to the arbitrator.

Here, this is not a matter over which the arbitrator had exclusive jurisdiction. While s. 100 of the Quebec *Labour Code* gave jurisdiction over matters arising out of the collective agreement's operation to the arbitrator, the main fact that animates the dispute between the parties is that those responsible for negotiations agreed to a term in the collective agreement that treats the complainants and members of their group less favourably than more senior teachers. The dispute, viewed not formalistically but in its essential nature, thus engages matters which pertain more to alleged discrimination in the formation and validity of the agreement, than to its

relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Clause discriminatoire insérée dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

Les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification touchant une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints à la Commission des droits de la personne du Québec du caractère discriminatoire de la clause, faisant valoir qu'elle leur accordait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés et violait le droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Commission a saisi le Tribunal des droits de la personne du Québec de l'affaire. Les intimés ont demandé au Tribunal de décliner compétence au motif que l'arbitre en droit du travail avait compétence exclusive à l'égard du litige. Le Tribunal a refusé mais la Cour d'appel du Québec a infirmé sa décision.

Arrêt (les juges Bastarache et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le Tribunal des droits de la personne a compétence à l'égard du litige.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie et Fish : L'arrêt *Weber* ne pose pas le principe que la compétence de l'arbitre en droit du travail à l'égard d'un conflit de travail est toujours exclusive. Selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité. Il faut se demander dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l'arbitre en droit du travail est exclusive. La première étape consiste à examiner les dispositions en cause et ce qu'elles prévoient au chapitre de la compétence de l'arbitre. La seconde consiste à se pencher sur la nature du litige et à se demander s'il appert de la loi qu'il est du ressort exclusif de l'arbitre.

En l'espèce, le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre. Même si, selon l'art. 100 du *Code du travail* du Québec, l'arbitre a compétence sur toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective, le litige réside principalement dans le fait que les responsables de la négociation de la convention collective ont consenti à l'insertion dans celle-ci d'une clause traitant les plaignants et les membres de leur groupe moins favorablement que les enseignants ayant plus d'ancienneté. Si on le considère dans son essence et d'un point de vue non formaliste, le litige ne porte pas tant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective

“interpretation and application”, which is the source of the arbitrator’s jurisdiction under the *Labour Code*. The Human Rights Tribunal was entitled to exercise its jurisdiction over the matter under the governing legislation since it was satisfied that the complainants had not, on the basis of the same facts, personally pursued one of the remedies provided for in ss. 49 and 80 of the *Charter*, avoiding duplication.

Further, the complainants cannot be faulted for not asking the unions to file a grievance on their behalf. First, the nature of the question does not lend itself to characterization as a grievance under the collective agreement, since the claim is not that the agreement has been violated, but that it is itself discriminatory. Second, the unions were, on the face of it, opposed in interest to the complainants, being affiliated with one of the negotiating groups that made the allegedly discriminatory agreement. If the unions chose not to file a grievance before the arbitrator, the teachers could be left with no legal recourse. Third, even if the unions had filed a grievance on behalf of the complainants, the arbitrator would not have jurisdiction over all of the parties to the dispute. Finally, because the complainants’ general challenge to the validity of a provision in the collective agreement affected hundreds of teachers, the Human Rights Tribunal was a “better fit” for the dispute than the appointment of a single arbitrator to deal with a single grievance within the statutory framework of the *Labour Code*.

Per Bastarache and Arbour JJ. (dissenting): Arbitrators have exclusive jurisdiction over issues arising from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement. This exclusive jurisdiction is consistent with the legislature’s intention that is apparent from s. 100 of the *Labour Code*, with the principle of exclusive arbitral jurisdiction that characterizes Canadian labour relations schemes and with the recent case law. According to this model, two factors must be considered when making the determination of the appropriate forum: the essential character of the dispute in its factual context and the ambit of the collective agreement.

Here, the Human Rights Tribunal did not have jurisdiction *ratione materiae* to hear the dispute. A legal characterization of the cause of action in this dispute, which would cast the dispute as being over the unlawful interference with the right to equality, ignores the factual context and the provisions of the collective

— le fondement de la compétence de l’arbitre suivant le *Code du travail* — que sur une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci. Le Tribunal des droits de la personne pouvait exercer la compétence que lui conféraient les dispositions applicables à l’égard du litige puisqu’il avait l’assurance que les plaignants n’avaient pas exercé personnellement, pour les mêmes faits, l’un des recours prévus aux art. 49 et 80 de la *Charte*, et qu’il n’y avait donc pas chevauchement.

En outre, on ne peut reprocher aux plaignants de ne pas avoir demandé aux syndicats de déposer un grief en leur nom. Premièrement, il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l’objet d’un grief régi par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que la convention a été violée, mais bien qu’elle est discriminatoire. Deuxièmement, les syndicats étant affiliés à l’un des groupes de négociation qui avaient conclu l’entente dont on allègue le caractère discriminatoire, leur intérêt paraissait opposé à celui des plaignants. Si les syndicats avaient décidé de ne pas déposer de grief, les enseignants n’auraient eu aucun autre recours. Troisièmement, même si les syndicats avaient déposé un grief au nom des plaignants, l’arbitre n’aurait pas eu compétence à l’égard de toutes les parties au litige. Enfin, comme la plainte remettant en cause la validité d’une clause de la convention collective touchait des centaines d’enseignants, le Tribunal des droits de la personne présentait une « plus grande adéquation » avec le litige qu’un arbitre nommé pour entendre un grief individuel dans le cadre établi par le *Code du travail*.

Les juges Bastarache et Arbour (dissidents) : La compétence de l’arbitre est exclusive à l’égard des litiges qui résultent de l’interprétation, de l’application, de l’administration ou de l’inexécution de la convention collective. Le modèle de la compétence exclusive est conforme à l’intention législative évidente qui se dégage de l’art. 100 du *Code du travail*, au principe de l’exclusivité arbitrale qui caractérise les régimes canadiens en matière de relations de travail et à la jurisprudence récente en la matière. Suivant ce modèle, la détermination du tribunal approprié doit tenir compte de deux aspects, soit de l’essence du litige dans son contexte factuel et du champ d’application de la convention collective.

En l’espèce, le Tribunal des droits de la personne n’avait pas compétence *ratione materiae* pour connaître du litige. Une qualification juridique de la cause d’action en l’espèce, soit l’atteinte illicite au droit à l’égalité, fait abstraction du contexte factuel et des dispositions de la convention collective. Un examen de ce contexte

agreement. An examination of this context shows that the dispute, in its essential character, concerns pay and the taking into account of experience gained during the 1996-1997 school year for the purpose of setting pay. Such issues form the very foundation of the contract and working conditions and are clearly within the scope of the collective agreement and the exclusive jurisdiction of the arbitrator. The negotiation of clauses in a collective agreement and the resulting agreements are closely linked to the application of the collective agreement of which they are a part. The negotiation of an accord at the provincial level, subsequently accepted by the teachers' unions, does not constitute an independent ground for a grievance outside the collective agreement, and we cannot separate them for the purpose of determining the essential character of the dispute. Moreover, since the accord constitutes in law a collective agreement, conflicts over its interpretation or application will give rise to grievances that may, if necessary, be put to arbitration.

The fact that the Tribunal has greater expertise than arbitrators with respect to human rights violations is an insufficient basis on which to conclude that arbitrators should not have the power to uphold fundamental rights. The human rights issue is not incidental to a collective agreement. The substantive rights and obligations provided for under human rights legislation are not only implicitly incorporated into every collective agreement, but also, in this case, expressly incorporated into the agreement. Moreover, even if the problem in this case could be characterized exclusively as a human rights violation, it would still be subject to the arbitrator's exclusive jurisdiction, as the arbitrator has jurisdiction over any issue that is expressly or inferentially linked or related to the collective agreement. Arbitrators have the authority to remedy *Charter* violations because their enabling legislation authorizes them to render decisions in this regard. Arbitrators have been delegated this authority in order to advance the fundamental objective of this delegation, namely the prompt, final and binding resolution of workplace disputes. This is also consistent with the legislative intent, because the Quebec legislature has given its Human Rights Tribunal non-exclusive jurisdiction and stipulated that administrative bodies that do not specialize in human rights would nevertheless have a duty to ensure that their decisions protect human rights. Finally, referring such disputes to an arbitrator is the logical choice. Reaching a collective agreement, with the intention of amending it through negotiations, raises a multitude of issues that an arbitrator is by far in the best position to handle on an informed basis.

montre que, par son essence, le litige porte sur la rémunération et la prise en compte de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 pour établir cette rémunération, des questions qui sont à la base même du contrat et des conditions de travail et qui relèvent clairement du champ d'application de la convention collective et de la compétence exclusive de l'arbitre. La négociation des clauses d'une convention collective et les ententes qui en résultent sont étroitement liées à l'application de la convention collective dont elles font partie. La négociation d'un accord à l'échelle provinciale, qui a été par la suite adopté par les syndicats d'enseignants, ne saurait fonder un grief en dehors du cadre de la convention collective, et on ne peut les séparer pour déterminer l'essence du litige. De plus, puisque selon la loi cet accord constitue une convention collective, les désaccords relatifs à son interprétation et à son application donneront lieu à des griefs qui pourront, s'il y a lieu, être soumis à l'arbitrage.

Le fait que le Tribunal possède une plus grande expertise que l'arbitre en matière de violations des droits de la personne n'est pas un motif suffisant pour que l'arbitre n'ait pas le pouvoir de faire respecter les droits fondamentaux. La question des droits de la personne n'est pas accessoire à la convention collective. Non seulement les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne sont incorporés implicitement dans toute convention collective mais, en l'espèce, ils le sont aussi expressément. De plus, même si le problème en l'espèce pouvait être qualifié exclusivement de violation des droits de la personne, il resterait tout de même assujéti à la compétence exclusive de l'arbitre puisque ce dernier a compétence sur toute question ayant un lien ou une relation avec la convention collective, qu'ils soient explicites ou implicites. L'arbitre possède le pouvoir de remédier à ce qu'il juge être une violation de la *Charte* parce que sa loi habilitante l'autorise à rendre une décision à cet égard. L'attribution à l'arbitre de ce pouvoir permet de promouvoir l'objectif fondamental de cette attribution, soit le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail. Ce pouvoir est également conforme à l'intention législative au Québec puisque le législateur a conféré un pouvoir non exclusif à son Tribunal des droits de la personne et prévu que les organismes administratifs non spécialisés dans ce domaine auraient néanmoins le devoir d'assurer le respect des droits de la personne dans leurs décisions. Enfin, le renvoi à l'arbitre est le choix logique. La formation d'une convention collective, avec l'intention de la modifier par voie de négociations, comporte une multiplicité d'aspects sur lesquels l'arbitre est de loin le mieux placé pour se prononcer en connaissance de cause.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; **referred to:** *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. x.

By Bastarache J. (dissenting)

Weber v. Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Latulippe v. Commission scolaire de la Jeune-Lorette*, [2001] R.J.D.T. 26; *Mayville v. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4)*, [2001] Q.J. No. 366 (QL); *Corporation municipale de la Ville de Gaspé v. Côté*, [1996] R.D.J. 142; *Leroux v. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554; *Collège Dawson v. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041; *Furlong v. Résidence Christophe-Colomb*, [1995] R.D.J. 162; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Université du Québec à Trois-Rivières v. St-Pierre*, J.E. 97-1309; *Hydro-Québec v. Tremblay*, J.E. 2001-200; *Section locale 2995 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier v. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111; *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1998] Q.J. No. 3250 (QL), motion to dismiss appeal allowed, C.A. Mtl., No.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; **arrêts mentionnés:** *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Liée*, [1996] 2 R.C.S. 495; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. x.

Citée par le juge Bastarache (dissent)

Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune-Lorette*, [2001] R.J.D.T. 26; *Mayville c. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4)*, [2001] J.Q. n° 366 (QL); *Corporation municipale de la Ville de Gaspé c. Côté*, [1996] R.D.J. 142; *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554; *Collège Dawson c. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041; *Furlong c. Résidence Christophe-Colomb*, [1995] R.D.J. 162; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Université du Québec à Trois-Rivières c. St-Pierre*, J.E. 97-1309; *Hydro-Québec c. Tremblay*, J.E. 2001-200; *Section locale 2995 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111; *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun c. Québec (Commission des droits de la personne et*

500-09-007442-981, September 20, 1999, and leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. ix; *Syndicat des postiers du Canada v. Société canadienne des postes*, [1995] R.J.Q. 2404; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors, R.S.Q., c. R-8.2, ss. 1, 25, 26, 30, 31, 33.

Act respecting the reduction of labour costs in the public sector and implementing the agreements reached for that purpose, S.Q. 1997, c. 7.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 10, 13, 16, 49, 49.1, 52, 77, 80, 101, 111.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 100, 100.12, 139.

Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).

Pay Equity Act, R.S.Q., c. E-12.001.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Nadeau, Denis. « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence » (2000), 60 *R. du B.* 387.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187, [2002] Q.J. No. 365 (QL), reversing a judgment of the Quebec Human Rights Tribunal, [2000] R.J.Q. 3097, [2000] J.T.D.P.Q. No. 24 (QL). Appeal allowed, Bastarache and Arbour JJ. dissenting.

Pierre-Yves Bourdeau and Christian Baillargeon, for the appellant.

Patrice Claude and Mario Normandin, for the respondent the Attorney General of Quebec.

des droits de la jeunesse, [1998] A.Q. n° 3250 (QL), requête en rejet d'appel accueillie, C.A. Mtl, n° 500-09-007442-981, 20 septembre 1999, et autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. ix; *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes*, [1995] R.J.Q. 2404; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 10, 13, 16, 49, 49.1, 52, 77, 80, 101, 111.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1f), 100, 100.12, 139.

Loi sur l'équité salariale, L.R.Q., ch. E-12.001.

Loi sur la diminution des coûts de la main-d'œuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin, L.Q. 1997, ch. 7.

Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic, L.R.Q., ch. R-8.2, art. 1, 25, 26, 30, 31, 33.

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

Nadeau, Denis. « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence » (2000), 60 *R. du B.* 387.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187, [2002] J.Q. n° 365 (QL), qui a infirmé un jugement du Tribunal des droits de la personne du Québec, [2000] R.J.Q. 3097, [2000] J.T.D.P.Q. n° 24 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Arbour sont dissidents.

Pierre-Yves Bourdeau et Christian Baillargeon, pour l'appelante.

Patrice Claude et Mario Normandin, pour l'intimé le Procureur général du Québec.

Robert P. Gagnon and Pierre Brun, for the respondents Centrale de l'enseignement du Québec, now Centrale des syndicats du Québec, and Fédération des syndicats de l'enseignement.

Andrea Wright, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Anthony D. Griffin, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Written submissions only by *Louise Cadieux* and *Dominique Pilon*, for the intervener the Quebec Human Rights Tribunal.

Written submissions only by *Lise Lanno* and *Gérard Notebaert*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

Written submissions only by *Gaston Nadeau* and *Jean-Pierre Néron*, for the intervener Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

Written submissions only by *Ronald Cloutier* and *Louise Valiquette*, for the intervener the Canadian Union of Public Employees.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie and Fish JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

A. Introduction

Should the Quebec Human Rights Tribunal be barred from hearing a complaint of discrimination referred to it on the ground that the labour arbitrator has exclusive jurisdiction over the dispute? That is the issue on this appeal.

In 1997 the teachers' unions entered into a modification of a collective agreement with the province of Quebec, which provided that experience acquired by teachers during the 1996-1997 school year would not be recognized or credited toward their salary increments or seniority. This term only affected teachers who had not yet obtained the highest level of the pay scale — a minority group composed

Robert P. Gagnon et Pierre Brun, pour les intimées la Centrale de l'enseignement du Québec, désormais la Centrale des syndicats du Québec, et la Fédération des syndicats de l'enseignement.

Andrea Wright, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Anthony D. Griffin, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Argumentation écrite seulement par *Louise Cadieux* et *Dominique Pilon*, pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Lise Lanno* et *Gérard Notebaert*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Argumentation écrite seulement par *Gaston Nadeau* et *Jean-Pierre Néron*, pour l'intervenante la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Ronald Cloutier* et *Louise Valiquette*, pour l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Binnie et Fish rendu par

LA JUGE EN CHEF —

A. Introduction

Le Tribunal des droits de la personne du Québec doit-il être empêché d'entendre une plainte de discrimination au motif que le différend ressortit exclusivement à l'arbitre en droit du travail? C'est la question que soulève le présent pourvoi.

En 1997, les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification prévoyant que l'expérience acquise par des enseignants au cours de l'année scolaire 1996-1997 ne serait ni reconnue ni comptabilisée au titre de l'augmentation de traitement ou de l'ancienneté. Cette clause ne visait que les enseignants n'ayant pas encore atteint le sommet

primarily of younger and less experienced teachers. The younger teachers complained that this term discriminated against them, treating them less favourably than older teachers and violating the equality guarantee of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

de l'échelle salariale, soit une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints du caractère discriminatoire de la clause, faisant valoir qu'elle leur accordait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés et violait le droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

3 The complainants took their complaint to the Human Rights Commission established to resolve *Charter* discrimination claims and the Commission brought the matter before the Quebec Human Rights Tribunal.

Les plaignants se sont adressés à l'organisme chargé du règlement des plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*, la Commission des droits de la personne, qui a par la suite saisi le Tribunal des droits de la personne du Québec de l'affaire.

4 The Attorney General of Quebec, the school boards and the unions filed a motion asking the Human Rights Tribunal to decline jurisdiction on the ground that the labour arbitrator possessed exclusive jurisdiction over the dispute. The Tribunal rejected this motion ([2000] R.J.Q. 3097). The Quebec Court of Appeal reversed the Tribunal's decision holding that the dispute should be resolved by arbitration under the collective agreement ((2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187).

Le procureur général du Québec, les commissions scolaires et les syndicats ont demandé au Tribunal des droits de la personne de décliner compétence au motif que l'arbitre en droit du travail avait compétence exclusive à l'égard du litige. Le Tribunal a refusé ([2000] R.J.Q. 3097). La Cour d'appel du Québec a infirmé sa décision, statuant que le litige devait être réglé par un arbitre conformément à la convention collective ((2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187).

5 I conclude that the Human Rights Tribunal has jurisdiction over this dispute and that the claim that the arbitrator has exclusive jurisdiction must be rejected. Accordingly, I would allow the appeal.

Je conclus que le Tribunal des droits de la personne a compétence à l'égard du présent litige et que la prétention selon laquelle la compétence de l'arbitre est exclusive doit être rejetée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

B. Analysis

B. Analyse

6 The nature of Canadian labour-management relations changed dramatically following the Second World War. Federal and provincial legislation, seeking to create a better climate for the resolution of labour-management disputes, introduced grievance arbitration to provide for the quick and efficient resolution of disputes arising under collective agreements. Not surprisingly, this conferral of authority on grievance arbitrators sometimes leads to disputes about the proper scope of their jurisdiction.

Les relations patronales-syndicales ont considérablement évolué au Canada depuis la Seconde Guerre mondiale. Cherchant à créer un climat plus propice au règlement des conflits de travail, les législateurs fédéral et provinciaux ont établi une procédure d'arbitrage des griefs en vue du règlement rapide et efficace des litiges découlant d'une convention collective. Bien entendu, l'étendue réelle de cette compétence attribuée à l'arbitre donne parfois lieu à des litiges.

7 There is no easy answer to the question of which of two possible tribunals should decide disputes that arise in the labour context where legislation appears to permit both to do so. As explained in *Weber v.*

Il n'est pas facile de déterminer lequel de deux tribunaux susceptibles d'être saisis devrait trancher un litige en matière de relations de travail lorsque la loi semble attribuer compétence aux deux. Comme

Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929, three outcomes are possible.

The first possibility is to find jurisdiction over the dispute in both tribunals. This is called the “concurrent” jurisdiction model. On this model, any labour dispute could be brought before either the labour arbitrator or the courts or other tribunals.

The second possibility is the “overlapping” jurisdiction model. On this model, while labour tribunals consider traditional labour law issues, nothing ousts the jurisdiction of courts or other tribunals over matters that arise in the employment context, but fall outside traditional labour law issues.

The third possibility is the “exclusive” jurisdiction model. On this model, jurisdiction lies exclusively in either the labour arbitrator or in the alternate tribunal, but not in both.

Weber holds that the model that applies in a given situation depends on the governing legislation, as applied to the dispute viewed in its factual matrix. In *Weber*, the concurrent and overlapping jurisdiction approaches were ruled out because the provisions of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, when applied to the facts of the dispute, dictated that the labour arbitrator had exclusive jurisdiction over the dispute. However, *Weber* does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes. Depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction; see, for example, *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495. As stated in *Weber*, *supra*, at para. 53, “[b]ecause the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement will vary from case to case, it is impossible to categorize the classes of case that

notre Cour l’a expliqué dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, il existe trois avenues possibles.

La première possibilité est de conclure que les deux tribunaux sont compétents. Il s’agit du modèle de la compétence « concurrente » suivant lequel tout différend en matière de relations de travail peut être porté soit devant l’arbitre en droit du travail, soit devant une cour de justice ou un autre tribunal administratif.

La deuxième est celle du « chevauchement » des compétences. Suivant ce modèle, la compétence des tribunaux du travail à l’égard des questions relevant traditionnellement du droit du travail n’écarte pas celle des tribunaux judiciaires et des autres tribunaux administratifs quant aux questions qui, bien qu’elles se posent dans le contexte du travail, débordent le cadre traditionnel du droit du travail.

La troisième est celle de la compétence « exclusive ». Suivant ce modèle, la compétence appartient soit à l’arbitre en droit du travail, soit à l’autre instance, mais pas aux deux.

L’arrêt *Weber* pose le principe que le choix du modèle dépend des dispositions législatives en cause, compte tenu de leur application au différend considéré dans son contexte factuel. Dans cette affaire, notre Cour a écarté la compétence concurrente et le chevauchement parce que les dispositions de la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, appliquées aux faits de l’espèce, commandaient l’exclusivité de la compétence arbitrale. Elle n’a pas dit pour autant que la compétence de l’arbitre en droit du travail à l’égard d’un conflit de travail est toujours exclusive. Selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité (voir, par exemple, *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Fraternité des préposés à l’entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495). Par ailleurs, notre Cour a dit dans *Weber*, précité, par. 53 : « Comme la nature du litige et le champ d’application de la convention collective varient d’un cas à l’autre, on ne peut établir une catégorie

8

9

10

11

will fall within the exclusive jurisdiction of the arbitrator.”

de cas qui relèveront de la compétence exclusive de l'arbitre. »

12 In the present case the complainants filed a complaint with the Quebec Human Rights Commission, which then decided to proceed with a claim before the Human Rights Tribunal. The Commission, on behalf of the complainants, asked for a declaration that the terms of the collective agreement violated the equality provisions of the Quebec *Charter*. That, on its face, is precisely the type of question, read in light of the legislation and in its factual matrix, that the Human Rights Tribunal is mandated to answer.

En l'espèce, les plaignants se sont adressés à la Commission des droits de la personne du Québec, qui a demandé en leur nom au Tribunal des droits de la personne de rendre un jugement déclarant que les clauses de la convention collective contrevenaient aux dispositions de la *Charte québécoise* relatives à l'égalité. Voilà précisément, à première vue, le genre de questions sur lesquelles le Tribunal des droits de la personne a pour mandat de statuer, compte tenu des dispositions législatives en cause et du contexte factuel.

13 However, the unions, school boards and the Attorney General object to the Human Rights Tribunal resolving this issue. The basis of their objection is that s. 100 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, gives arbitrators exclusive jurisdiction over grievances arising under collective agreements. The complaint, they suggest, is such a grievance, and therefore, the Human Rights Tribunal has no jurisdiction.

Toutefois, les syndicats, les commissions scolaires et le procureur général s'opposent à ce que le Tribunal se prononce sur la question, faisant valoir que l'art. 100 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, confère à l'arbitre une compétence exclusive à l'égard de tout grief découlant d'une convention collective. Selon eux, la plainte constitue un tel grief, et le Tribunal n'a pas compétence pour l'entendre.

14 The case thus turns on whether the legislation confers exclusive jurisdiction on the arbitrator over this dispute. At this point, I diverge, with respect, from my colleague Bastarache J. who starts from the assumption that there is an “established principle” of arbitral exclusivity in Quebec. He formulates the principal question as whether “the principle of exclusive arbitral jurisdiction, a well-established principle in Quebec law, [should] be abandoned in favour of the jurisdiction of the Human Rights Tribunal in cases where a dispute between unionized workers and their employer raises a human rights issue” (para. 32). Thus framed, the question presupposes exclusivity. But, as we have seen, there is no legal presumption of exclusivity *in abstracto*. Rather, the question in each case is whether the relevant legislation applied to the dispute at issue, taken in its full factual context, establishes that the labour arbitrator has exclusive jurisdiction over the dispute.

La question déterminante en l'espèce est donc de savoir si la loi confère à l'arbitre une compétence exclusive relativement au litige. C'est sur ce point que, en toute déférence, je diverge d'opinion avec mon collègue le juge Bastarache, qui postule que l'exclusivité de la compétence arbitrale est un « principe bien établi » au Québec. Voici, selon lui, la principale question que notre Cour doit trancher (par. 32) : « le principe bien établi au Québec de l'exclusivité arbitrale doit-il être abandonné pour faire place à la compétence du Tribunal des droits de la personne lorsque le litige opposant des travailleurs syndiqués et un employeur soulève une question touchant aux droits de la personne? » Formulée ainsi, la question presuppose l'exclusivité. Or, comme nous l'avons vu, il n'existe pas *in abstracto* de présomption légale d'exclusivité. Il faut plutôt se demander dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l'arbitre en droit du travail est exclusive.

15 This question suggests two related steps. The first step is to look at the relevant legislation and what it

Cette question suppose deux étapes connexes. La première consiste à examiner les dispositions

says about the arbitrator's jurisdiction. The second step is to look at the nature of the dispute, and see whether the legislation suggests it falls exclusively to the arbitrator. The second step is logically necessary since the question is whether the legislative mandate applies to the particular dispute at issue. It facilitates a better fit between the tribunal and the dispute and helps "to ensure that jurisdictional issues are decided in a manner that is consistent with the statutory schemes governing the parties", according to the underlying rationale of *Weber, supra*; see *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, at para. 39.

Turning to the first step, s. 100 of the Quebec *Labour Code* requires that "[e]very grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it." This tells us that the arbitrator is competent to resolve all grievances under the collective agreement. The *Labour Code* s. 1(f), defines "grievance" as "any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement". In other words, the arbitrator has jurisdiction over matters arising out of the collective agreement's operation. In *Weber*, this jurisdiction was found to be exclusive.

The Quebec *Charter* sets out a mechanism for the investigation and enforcement of human rights. It creates the Commission, which has the responsibility for investigating alleged violations of the *Charter* and which may, in turn, submit the allegations to the Human Rights Tribunal for remedy.

Section 111 of the Quebec *Charter* grants the Human Rights Tribunal a large jurisdiction over human rights matters in Quebec; see H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 991. The Tribunal is responsible for interpreting and applying the *Charter* in a wide range of circumstances. The importance of the Tribunal's mandate is underlined by the fact that the legislation provides

en cause et ce qu'elles prévoient au chapitre de la compétence de l'arbitre. La seconde — qui s'impose logiquement puisqu'il faut déterminer si le litige relève du mandat conféré par la loi — consiste à se pencher sur la nature du litige et à se demander s'il appert de la loi qu'il est du ressort exclusif de l'arbitre. La seconde étape favorise une plus grande adéquation entre le tribunal et le litige et contribue à ce que « les questions de compétence [soient . . .] tranchées d'une manière [. . .] conforme au régime législatif régissant les parties », comme le veut le raisonnement tenu dans *Weber*, précité; voir *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, par. 39.

Considérons la première étape. L'article 100 du *Code du travail* du Québec porte que « [t]out grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite. » On peut en conclure que l'arbitre a compétence pour régler tout grief régi par la convention collective. Suivant l'alinéa 1f) du *Code du travail*, « grief » s'entend de « toute mécontente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective ». Autrement dit, l'arbitre a compétence sur toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective. Dans *Weber*, notre Cour a conclu au caractère exclusif de cette compétence.

La *Charte québécoise* crée un mécanisme pour la tenue d'enquêtes en matière de droits de la personne et la prise de mesures assurant le respect de ces droits. Elle crée la Commission, qui a pour fonction de faire enquête sur toute allégation de non-respect de ses dispositions et qui peut ensuite soumettre l'allégation au Tribunal des droits de la personne pour qu'il accorde réparation.

L'article 111 de la *Charte québécoise* investit le Tribunal d'une compétence étendue au chapitre des droits de la personne au Québec; voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 991. Le Tribunal a pour mandat d'interpréter et d'appliquer la *Charte* dans un large éventail de circonstances. Le fait que, suivant l'art. 101, son président doit être choisi parmi les juges de la Cour du

16

17

18

that the president of the Human Rights Tribunal be chosen from judges on the Court of Québec having “notable experience and expertise in, sensitivity to and interest for matters of human rights and freedoms”; see s. 101 of the *Charter*.

19

While the Tribunal enjoys generous jurisdiction over human rights violations, it is not exclusive. First, the Quebec *Charter* expressly exempts certain matters from the Commission’s purview. Section 77 does so where a complainant or victim has personally pursued a remedy under s. 49 or s. 80 of the *Charter*. Similarly, s. 49.1 of the *Charter* removes the Human Rights Tribunal’s jurisdiction over issues covered by the *Pay Equity Act*, R.S.Q., c. E-12.001. Second, the *Charter* permits, but does not oblige, the Commission to refuse to act or stop acting on behalf of a complainant in certain situations, including where “the victim or the complainant has, on the basis of the same facts, personally pursued a remedy other than those provided for in sections 49 and 80” (s. 77(4)). It follows that the Commission’s and the Human Rights Tribunal’s jurisdiction may be concurrent with that of other adjudicative bodies; see Brun and Tremblay, *supra*, at p. 992.

20

The second step is to look at the dispute in issue to determine whether it falls within the ambit of the arbitrator’s exclusive jurisdiction. We must look at the dispute in its full factual context. Its legal characterization — whether it is a tort claim, a human rights claim, or a claim under the labour contract — is not determinative. The question is whether the dispute, viewed in its essential character and not formalistically, is one over which the legislature intended the arbitrator to have exclusive jurisdiction; see *Weber*, *supra*.

21

In *Weber*, this Court concluded that the dispute — a claim for tort arising from the employer’s alleged trespass on the employee’s land in the course of a dispute about sick-leave regulated by the collective agreement — fell under the collective agreement and hence within the scope of s. 45 of the Ontario *Labour Relations Act*, which provided:

Québec ayant « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne » souligne l’importance de ce mandat.

Pour large qu’elle soit, la compétence du Tribunal en matière de violation des droits de la personne n’est pas exclusive. Premièrement, la *Charte québécoise* l’écarte expressément dans certains cas. Par exemple, l’art. 77 exclut l’intervention de la Commission lorsque la victime ou le plaignant a exercé personnellement l’un des recours prévus aux art. 49 ou 80. De même, l’art. 49.1 soustrait à la compétence du Tribunal les questions relevant de la *Loi sur l’équité salariale*, L.R.Q., ch. E-12.001. Deuxièmement, la *Charte autorise*, mais n’oblige pas, la Commission à refuser ou à cesser d’agir dans certaines situations, dont celle où « la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours que ceux prévus aux articles 49 et 80 » (par. 77(4)). Il s’ensuit que la compétence de la Commission et du Tribunal peut être concurrente à celle d’autres organismes juridictionnels; voir Brun et Tremblay, *op. cit.*, p. 992.

Pour la seconde étape, soit l’examen du litige afin de déterminer s’il ressortit exclusivement à l’arbitre, il faut prendre en considération tout le contexte factuel de l’affaire. La qualification juridique du litige — la constatation qu’il a trait à la responsabilité délictuelle, aux droits de la personne ou à un contrat de travail — n’est pas déterminante. Il faut se demander si le législateur a voulu que le litige, considéré dans son essence et non de façon formaliste, soit du ressort exclusif de l’arbitre; voir *Weber*, précité.

Dans *Weber*, notre Cour a conclu que le litige — une action en responsabilité délictuelle faisant suite à l’intrusion alléguée de l’employeur chez l’employé, intentée dans le contexte d’un différend relatif à un congé de maladie régi par la convention collective — relevait de la convention collective et tombait de ce fait sous le coup de l’art. 45 de la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario, qui disposait :

45.—(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

This clause is arguably stronger than the clause conferring jurisdiction on the arbitrator in the case at bar. However, the critical difference between *Weber* and this case lies in the factual context that gave rise to the dispute.

In *Weber*, the dispute clearly arose out of the operation of the collective agreement. It was basically a dispute about sick-leave, which became encumbered with an incidental claim for trespass. In these circumstances, the majority of the Court concluded that it fell squarely within s. 45 and should be determined exclusively by the labour arbitrator.

Here, the same cannot be said. Taking the dispute in its factual context, as *Weber* instructs, the main fact that animates the dispute between the parties is that the collective agreement contains a term that treats the complainants and members of their group — those teachers who had not yet attained the highest level of the pay scale who were typically younger and less experienced — less favourably than more senior teachers. This, in turn, emerges from the fact that in the course of negotiating the collective agreement, disputes arose over how to meet the government's budgetary demands and how cutbacks in the budget should be allocated among union members. In its factual matrix, this is essentially a dispute as to how the collective agreement should allocate decreased resources among union members. Ultimately, the decision was to impose the costs of the budget cutbacks primarily on one group of union members — those with less seniority. This gave rise to the issue in the dispute: was it discriminatory to negotiate and agree to a term that adversely affected only younger and less experienced teachers? The essence of the dispute is the process of the negotiation and the inclusion of this term in the collective agreement.

45 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

On peut certes prétendre que cette disposition est rédigée de manière plus catégorique que celle qui, en l'espèce, attribue compétence à l'arbitre, mais la différence essentielle entre *Weber* et la présente affaire tient aux faits ayant donné naissance au litige.

Dans *Weber*, le litige résultait clairement de la mise en œuvre de la convention collective. Il portait essentiellement sur un congé de maladie, auquel s'était greffée accessoirement une action délictuelle pour intrusion. Dans les circonstances, notre Cour a conclu à la majorité qu'il tombait nettement sous le coup de l'art. 45 et ressortissait exclusivement à l'arbitre en droit du travail.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Si, conformément à *Weber*, on le considère dans son contexte factuel, le litige réside principalement dans le fait qu'une clause de la convention collective traite les plaignants et les membres de leur groupe — les enseignants n'ayant pas encore atteint l'échelon salarial le plus élevé, soit généralement les plus jeunes et les moins expérimentés — moins favorablement que les enseignants ayant plus d'ancienneté. Cette situation résulte elle-même du fait que, lors de la négociation de la convention collective, la suite à donner aux impératifs budgétaires de l'État et la répartition des compressions entre les membres du syndicat ont suscité des désaccords. Vu son contexte factuel, le litige porte essentiellement sur la manière dont la convention collective devait répartir des ressources moindres entre les membres du syndicat. Il a finalement été décidé de faire supporter le gros des compressions par un groupe de syndiqués — ceux qui avaient le moins d'ancienneté. D'où la question en litige : était-il discriminatoire de négocier et d'adopter une clause préjudiciable uniquement aux enseignants plus jeunes et moins expérimentés? Le litige met donc essentiellement en cause le processus de négociation et l'insertion de la clause dans la convention collective.

22

23

24

Viewed in its factual matrix, this is not a dispute over which the arbitrator has exclusive jurisdiction. It does not arise out of the operation of the collective agreement, so much as out of the pre-contractual negotiation of that agreement. This Court has recognized that disputes that arise out of prior contracts or the formation of the collective agreement itself may raise issues that do not fall within the scope of arbitration; see, for example, *Goudie, supra*; *Weber, supra*, at para. 52; see also *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (B.C.C.A.); *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Everyone agrees on how the agreement, if valid, should be interpreted and applied. The only question is whether the process leading to the adoption of the alleged discriminatory clause and the inclusion of that clause in the agreement violates the Quebec *Charter*, rendering it unenforceable.

En l'espèce, le contexte factuel permet de conclure que le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre. Il ne découle pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature. Notre Cour a reconnu qu'un litige découlant d'une entente préalable ou de la formation de la convention collective comme telle peut soulever des questions échappant à la compétence de l'arbitre : voir, par exemple, *Goudie*, précité; *Weber*, précité, par. 52; ainsi que *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A.C.-B.); *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Toutes les parties s'entendent sur la façon dont la convention, si elle est valide, doit être interprétée et appliquée. La seule question qui se pose est de savoir si le processus ayant mené à l'adoption de la clause tenue pour discriminatoire et l'insertion de celle-ci dans la convention collective contreviennent à la *Charte québécoise*, rendant de ce fait la clause inapplicable.

25

That is not to say that the arbitrator lacks the power to deal with all issues which involve a *Charter* claim. This Court has recognized that arbitrators may resolve legal issues incidental to their function of interpreting and applying the collective agreement: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42. Moreover, s. 100.12 of the *Labour Code* specifically confers on the arbitrator the authority to interpret and apply any Act necessary to settle a grievance. But, at the same time, the dispute, viewed not formalistically but in its essential nature, engages matters which pertain more to alleged discrimination in the formation and validity of the agreement, than to its "interpretation or application", which is the source of the arbitrator's jurisdiction under the *Labour Code*, s. 1(f). The Human Rights Commission and the Human Rights Tribunal were created by the legislature to resolve precisely these sorts of issues.

Cela ne veut pas dire que tout litige mettant en cause l'application de la *Charte* échappe à la compétence de l'arbitre. Notre Cour a reconnu que l'arbitre peut trancher une question de droit accessoire à l'interprétation et à l'application d'une convention collective : *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42. En outre, l'art. 100.12 du *Code du travail* investit expressément l'arbitre du pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief. Mais si on le considère dans son essence et d'un point de vue non formaliste, le litige ne porte pas tant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective — le fondement de la compétence de l'arbitre suivant l'al. 1f) du *Code du travail* — que sur une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci. Or, le législateur a créé la Commission et le Tribunal pour qu'ils se prononcent précisément sur de telles questions.

26

Here the complaint was brought by the teachers to the Commission, which ultimately brought the matter before the Human Rights Tribunal. The Tribunal was entitled to exercise its jurisdiction over

En l'espèce, les enseignants ont déposé leur plainte devant la Commission, qui l'a déférée au Tribunal. Ce dernier pouvait exercer sa compétence à l'égard de l'affaire. Il avait l'assurance que les

it. It was satisfied that the complainants had not “on the basis of the same facts, personally pursued one of the remedies provided for in sections 49 and 80” (s. 77 of the Quebec *Charter*), avoiding duplication. As noted, the Commission could have refused to proceed as a matter of discretion if the complainants had, on the basis of the same facts, “personally pursued a remedy other than those provided for in sections 49 and 80” (also s. 77 of the *Charter* (emphasis added)). But the complainants had not done so and thus the Commission was entitled to file the complaint before the Human Rights Tribunal. Moreover, for these same reasons, the Tribunal was entitled to exercise its jurisdiction over the claim under the governing legislation.

It is argued that the Tribunal should not have taken jurisdiction because the complainants could have asked their unions to “grieve” the alleged violation under the collective agreement. I cannot accept this argument. First, the nature of the question does not lend itself to characterization as a grievance under the collective agreement, since the claim is not that the agreement has been violated, but that it is itself discriminatory. Without suggesting that the arbitrator could not have considered these matters incidentally to a different dispute under the collective agreement, the complainant cannot be faulted for taking this particular dispute to the Human Rights Commission, which then filed a claim before the Human Rights Tribunal.

Second, the unions were, on the face of it, opposed in interest to the complainants, being affiliated with one of the negotiating groups that made the allegedly discriminatory agreement. If the unions chose not to file a grievance before the arbitrator, the teachers would be left with no legal recourse (other than possibly filing a claim against their unions for breaching the duty of fair representation). This concern was summarized well by Abella J.A. in *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (Ont. C.A.) (leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. x), at paras. 61-62 as follows:

[T]here may be circumstances where an individual unionized employee finds the arbitral process foreclosed,

plaignants n’avaient pas « exercé personnellement, pour les mêmes faits, l’un des recours prévus aux articles 49 et 80 » (art. 77 de la *Charte québécoise*), et qu’il n’y avait donc pas chevauchement. Comme je l’ai signalé, la Commission aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d’agir si les plaignants avaient exercé « personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours que ceux prévus aux articles 49 et 80 » (art. 77 également (je souligne)). Ils ne l’avaient pas fait, de sorte que la Commission pouvait déférer la plainte au Tribunal. De plus, pour les mêmes raisons, ce dernier pouvait exercer sa compétence à l’égard du litige sur le fondement des dispositions applicables.

L’on fait valoir que le Tribunal aurait dû décliner compétence parce que les plaignants auraient pu demander à leurs syndicats de déposer un grief en application de la convention collective relativement à la violation alléguée. Je ne peux faire droit à cet argument. Premièrement, il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l’objet d’un grief régi par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que la convention a été violée, mais bien qu’elle est discriminatoire. Sans laisser entendre que l’arbitre n’aurait pu examiner accessoirement la question dans le cadre d’un autre litige relevant de la convention collective, on ne peut reprocher aux plaignants de s’être adressés à la Commission, qui a ensuite saisi le Tribunal d’une demande.

Deuxièmement, les syndicats étant affiliés à l’un des groupes de négociation qui avaient conclu l’entente dont on allègue le caractère discriminatoire, leur intérêt paraissait opposé à celui des plaignants. Si les syndicats avaient décidé de ne pas déposer de grief, les enseignants n’auraient eu aucun autre recours (sauf, peut-être, intenter une poursuite contre leur syndicat pour manquement au devoir de juste représentation). La juge Abella a bien résumé le dilemme dans *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (C.A. Ont.), par. 61-62 (autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. x) :

[TRADUCTION] [D]ans certaines circonstances, l’employé syndiqué peut ne pas avoir accès au processus

27

28

since the decision whether to proceed with a grievance is the union's and not the employee's. Moreover, the alleged human rights violation may be against the union, as stipulated in the [*Human Rights*] Code in ss. 6 and 45(1). . . .

In an arbitration under a collective agreement, only the employer and union have party status. The unionized employee's interests are advanced by and through the union, which necessarily decides how the allegations should be represented or defended. Applying *Weber* so as to assign exclusive jurisdiction to labour arbitrators could therefore render chimerical the rights of individual unionized employees.

29

Third, even if the unions had filed a grievance on behalf of the complainants, the arbitrator would not have jurisdiction over all of the parties to the dispute. Although the local unions and school boards were not involved in negotiating and agreeing to the clause impugned as discriminatory, the grievance and arbitration process set out in the collective agreement is directed at the resolution of disputes between the local unions and the school boards and not at those arising between the unions and the respondents that did actually agree to this provision. Although the Centrale des syndicats du Québec, the Fédération des syndicats de l'enseignement and the Minister are authorized to intervene in arbitration proceedings, there is no formal mechanism to bring these parties before the arbitrator.

30

Finally, because the complainants' general challenge to the validity of a provision in the collective agreement affected hundreds of teachers, the Human Rights Tribunal was a "better fit" for this dispute than the appointment of a single arbitrator to deal with a single grievance within the statutory framework of the *Labour Code*. In these circumstances the complainants cannot be faulted for taking their claim to the Human Rights Commission rather than to the union with the hope (but no guarantee) of having it filed as a grievance before a labour arbitrator.

C. Conclusion

31

I would allow the appeal and remit the matter to the Human Rights Tribunal.

arbitral, la décision de donner suite à un grief appartenant au syndicat et non à l'employé. De plus, la violation alléguée des droits de la personne peut être le fait du syndicat, comme le prévoient l'art. 6 et le par. 45(1) du *Code [des droits de la personne]*. . . .

Seuls l'employeur et le syndicat sont parties à un arbitrage régi par une convention collective. Les intérêts de l'employé syndiqué sont défendus par le syndicat, qui décide forcément de la manière dont une allégation sera présentée ou réfutée. Par conséquent, appliquer l'arrêt *Weber* de manière à conférer une compétence exclusive à l'arbitre en droit du travail pourrait rendre illusoire les droits de chacun des syndiqués considérés individuellement.

Troisièmement, même si les syndicats avaient déposé un grief au nom des plaignants, l'arbitre n'aurait pas eu compétence à l'égard de toutes les parties au litige. Les syndicats locaux et les commissions scolaires n'ont pas participé à la négociation et à l'adoption de la clause contestée. Or, la procédure de grief et d'arbitrage prévue dans la convention collective vise le règlement des différends entre ces deux parties, et non le règlement des différends qui opposent les syndicats aux intimées qui ont de fait convenu de la clause. La Centrale des syndicats du Québec, la Fédération des syndicats de l'enseignement et le ministre peuvent intervenir dans le cadre d'un arbitrage, mais aucune procédure formelle n'est prévue pour les faire comparaître devant l'arbitre.

Enfin, comme la plainte remettant en cause la validité d'une clause de la convention collective touchait des centaines d'enseignants, le Tribunal des droits de la personne présentait une « plus grande adéquation » avec le litige qu'un arbitre nommé pour entendre un grief individuel dans le cadre établi par le *Code du travail*. Dans ces circonstances, on ne peut blâmer les plaignants d'avoir présenté leur plainte à la Commission des droits de la personne au lieu de s'adresser au syndicat dans l'espoir qu'il dépose un grief devant un arbitre en droit du travail (mais sans en être assurés).

C. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au Tribunal des droits de la personne.

English version of the reasons of Bastarache and Arbour JJ. delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

The main issue in this case is the following: should the principle of exclusive arbitral jurisdiction, a well-established principle in Quebec law, be abandoned in favour of the jurisdiction of the Human Rights Tribunal in cases where a dispute between unionized workers and their employer raises a human rights issue? I am of the opinion that this question must be answered in the negative.

It is a firmly established principle in Quebec that labour arbitrators have exclusive authority to deal with all aspects of labour relations between employers and employees. With respect, rejecting the exclusive jurisdiction model, as proposed by the Chief Justice in her reasons, seems to me to be incompatible with the recent decisions of this Court, contrary to the wording of s. 100 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, and irreconcilable with the public interest considerations on which the existing case law is based. In my opinion, we must recognize all the responsibilities that have been assigned to arbitrators so that they can rule on virtually all aspects of a case, insofar as those aspects are expressly or inferentially related to the collective agreement. To this end, applying the exclusive jurisdiction model, we must identify the essential character of the dispute in its factual context and ignore the possible legal characterization of that dispute.

In this case, I see nothing in the scheme established by the legislation, whether in the *Labour Code* or another statute, to prove that the Quebec legislature had the obvious intention of removing questions involving human rights, rights that are protected by the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, from the jurisdiction of arbitrators. Accordingly, I am of the opinion that if the test developed by this Court in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, is applied we

Les motifs des juges Bastarache et Arbour ont été rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

La question principale qui se pose dans la présente affaire est la suivante : le principe bien établi au Québec de l'exclusivité arbitrale doit-il être abandonné pour faire place à la compétence du Tribunal des droits de la personne lorsque le litige opposant des travailleurs syndiqués et un employeur soulève une question touchant aux droits de la personne? Je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative.

Le principe selon lequel l'arbitre en droit du travail est appelé à traiter de façon exclusive de tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail est solidement établi au Québec. Le rejet du modèle de la compétence exclusive que propose la Juge en chef dans ses motifs me paraît incompatible avec la jurisprudence récente de notre Cour, contraire au libellé de l'art. 100 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, et inconciliable avec les motifs d'intérêt public sur lesquels s'appuie la jurisprudence actuelle. À mon avis, il est important de reconnaître toutes les responsabilités qui ont été attribuées à l'arbitre pour trancher largement à l'égard de tous les aspects d'un litige, dans la mesure où ceux-ci sont liés expressément ou implicitement à la convention collective. Pour ce faire, il faut, suivant le modèle de la compétence exclusive, déterminer l'essence du litige dans son contexte factuel et faire abstraction des qualifications juridiques possibles d'un problème.

En l'espèce, je ne trouve aucune preuve dans le régime établi par la loi, soit dans le *Code du travail* ou un autre texte législatif, que le législateur québécois avait l'intention manifeste de soustraire à la compétence de l'arbitre les questions relatives aux droits de la personne, droits protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Ainsi, je suis d'avis que, suivant le critère développé par notre Cour dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, le Tribunal des droits de la

32

33

34

find that the Human Rights Tribunal does not have jurisdiction to hear the application brought by the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, and that the Attorney General of Quebec's motion to dismiss should be allowed.

II. Facts

35 The dispute at issue arose from a provision negotiated and agreed to at the provincial level by the parties in the spring of 1997. At that time, the Centrale des syndicats du Québec (CSQ) comprised 11 federations, including the Fédération des enseignantes et enseignants de commissions scolaires (FECS), now known as the Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE), which comprised a large number of unions, all of them certified associations within the meaning of the *Labour Code*. The FSE is therefore a group of associations of employees within the meaning of s. 26 of the *Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors*, R.S.Q., c. R-8.2 (the Act).

36 In this particular case, the FSE acted as bargaining agent, while the CSQ coordinated negotiations with management in that sector. To this end, ss. 30 and 31 of the Act provide for the creation of a management negotiating committee composed of persons appointed by the Minister of Education and others named by the group of school boards contemplated in the Act. Pursuant to s. 33 of the Act, the management committee, under the authority delegated by the Quebec government to the Minister of Education, is responsible for negotiating and concluding agreements on behalf of the employer, i.e., the school boards.

37 Upon reading s. 1 of the Act, it becomes apparent that the agreement between the parties constitutes a collective agreement within the meaning of the *Labour Code*. The clauses negotiated and agreed to by the committee are binding on all school boards covered by the Act (s. 25). All clauses negotiated at the provincial, regional or local level constitute the applicable collective agreement between a given school board and its employees.

personne ne pouvait être saisi de la demande formée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et que la requête en irrecevabilité du procureur général du Québec aurait dû être accueillie.

II. Faits

Le litige en cause résulte d'une disposition négociée et agréée à l'échelle provinciale par les parties au cours du printemps 1997. La Centrale des syndicats du Québec (la CSQ) était constituée, au moment pertinent, de 11 fédérations, dont la Fédération des enseignantes et enseignants de commissions scolaires (FECS), aujourd'hui appelée Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE), qui comptait un grand nombre de syndicats qui étaient des associations accréditées au sens du *Code du travail*. La FSE est donc un regroupement d'associations de salariés au sens de l'art. 26 de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., ch. R-8.2 (la Loi).

En l'espèce, la FSE était l'agent négociateur, alors que la CSQ coordonnait les négociations sectorielles avec la partie patronale. À cette fin, les art. 30 et 31 de la Loi prévoient la création d'un comité patronal de négociation composé de personnes nommées par le ministre de l'Éducation et de personnes nommées par le groupement des commissions scolaires visées. Suivant l'art. 33 de la Loi, le comité patronal a pour mandat de négocier et de conclure des ententes en vertu de l'autorité déléguée par le gouvernement au ministre de l'Éducation au bénéfice des commissions scolaires employeurs.

Tel qu'il appert à la lecture de l'art. 1 de la Loi, l'entente intervenue entre ces instances constitue une convention collective au sens du *Code du travail*. Les stipulations négociées et agréées par le comité lient toutes les commissions scolaires visées (art. 25). L'ensemble des stipulations négociées à l'échelle provinciale, locale ou régionale, constitue la convention collective applicable entre une commission scolaire donnée et ses employés.

In March 1997, the CSQ was coordinating sectoral negotiations with the Quebec government. The purpose of these negotiations was to come to an agreement on cost-saving measures sought by the government and thereby avoid the enactment of special legislation imposing new working conditions. A proposal submitted by the Quebec government on March 5 was rejected by FSE-affiliated unions because it likely would have resulted in the elimination of 3,000 teaching positions. After postponing the enactment of the special legislation, the Minister of Education made a new proposal, which was also rejected by the Federal Council of the FSE. The FSE was then instructed by its affiliated unions to explore other possible solutions that would bring \$50 million in recurrent savings.

On March 21, 1997, the Federal Council of the FSE recommended accepting an accord that had been negotiated. At their respective general meetings, a majority of the 69 unions representing teachers employed by the school boards decided to accept the agreement in principle of March 21, 1997. Agreements in principle were then reached between the Quebec government and each of the CSQ-affiliated federations contemplated in the *Act respecting the reduction of labour costs in the public sector and implementing the agreements reached for that purpose*, S.Q. 1997, c. 7.

On July 3, 1997, acting on instructions from the affiliated unions, the President of the FSE signed an accord (the Accord) amending the agreement (the Agreement) between the management negotiating committee and the CSQ for the period from 1995 to 1998. Under clause 6 of the Accord, which replaced para. D) of clause 6-4.01 of the Agreement, experience acquired in the 1996-1997 school year would not be counted for the purpose of determining one's standing on the pay scale. The clause reads as follows:

[TRANSLATION]

6-4.01 D) Notwithstanding the preceding, experience gained in 1982-1983 and 1996-1997 shall not count toward pay progression.

En mars 1997, la CSQ coordonnait les négociations sectorielles avec le gouvernement du Québec. L'objet de cette négociation était de s'entendre sur les mesures d'économies recherchées par le gouvernement afin d'éviter l'imposition de conditions de travail par une loi spéciale. Une proposition soumise le 5 mars par le gouvernement du Québec a été rejetée par les syndicats affiliés à la FSE parce qu'elle risquait d'entraîner la suppression d'environ 3 000 postes d'enseignants. Après avoir reporté l'adoption de la loi spéciale, le ministre de l'Éducation a déposé une nouvelle proposition qui a également été refusée par le Conseil fédéral de la FSE. Cette dernière a alors reçu de ses syndicats affiliés le mandat d'explorer des pistes de règlement pour permettre des économies récurrentes de l'ordre de 50 millions de dollars.

Le 21 mars 1997, le conseil fédéral de la FSE a recommandé d'accepter l'accord conclu à la suite des pourparlers. Les 69 syndicats d'enseignants de commissions scolaires ont décidé majoritairement, au cours de leurs assemblées générales respectives, d'adopter l'accord de principe du 21 mars 1997. Des ententes de principe ont par la suite été conclues par le gouvernement québécois et chacune des fédérations affiliées à la CSQ et visées par la *Loi sur la diminution des coûts de la main-d'œuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin*, L.Q. 1997, ch. 7.

Le 3 juillet 1997, conformément aux mandats reçus par les syndicats affiliés, le président de la FSE signait un accord modifiant l'entente intervenue entre le Comité patronal de négociation et la CSQ pour la période 1995-1998. L'article 6 de l'accord, qui remplace le par. D) de la clause 6-4.01 de l'entente, prévoit la non-reconnaissance, pour la progression dans l'échelle de traitement, de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997. En voici le libellé :

6-4.01 D) Malgré ce qui précède, l'expérience acquise en 1982-1983 et en 1996-1997 ne permet aucun avancement d'échelon.

38

39

40

41 Following the negotiations, the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (the Commission) received numerous complaints from young teachers. Consequently, on March 17, 2000, the Commission filed an application instituting proceedings asking that the Human Rights Tribunal (the Tribunal) declare the amended clause invalid because it discriminated against younger teachers in violation of ss. 10, 13 and 16 of the Quebec *Charter*. The Commission also requested that the respondents be ordered to take teaching experience acquired in the 1996-1997 school year into account for the purpose of calculating raises in the applicable pay scale and to indemnify the teachers affected.

42 The respondents filed two motions to dismiss the Commission's application, claiming the Tribunal lacked jurisdiction *ratione materiae* because of the exclusive jurisdiction of arbitrators. The Tribunal dismissed the motions ([2000] R.J.Q. 3097). A majority of the Court of Appeal reversed the Tribunal's decision, allowed the motions and dismissed the appellant Commission's action ((2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187).

III. Analysis

A. *Exclusive Jurisdiction of Arbitrators*

(1) The Exclusive Jurisdiction Model

43 This Court has, on numerous occasions and in a variety of legislative contexts, recognized that arbitrators have exclusive jurisdiction over issues arising from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement: *Weber, supra*; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13. In *Weber*, the Court rejected the concurrent model and the model of overlapping jurisdictions in relation to the jurisdiction of arbitrators versus other tribunals in favour of the exclusive jurisdiction model. McLachlin J. (as she then was) gave three reasons for adopting the exclusive jurisdiction model (at para. 58):

À la suite de cette négociation et de la réception de nombreuses plaintes de jeunes enseignants, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (la Commission) a déposé une requête introductive d'instance le 17 mars 2000, demandant au Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) de reconnaître que la clause modifiée était discriminatoire à l'égard des plus jeunes enseignants, en contravention avec les art. 10, 13 et 16 de la *Charte québécoise* et qu'elle était nulle et sans effet. La Commission demandait aussi une ordonnance enjoignant aux intimés de considérer l'expérience acquise à titre d'enseignant au cours de l'année scolaire 1996-1997 pour la progression dans l'échelle salariale applicable, et ordonnant l'indemnisation des enseignants visés.

Les intimés ont présenté deux requêtes en irrecevabilité, alléguant l'absence de compétence *ratione materiae* du Tribunal en raison de la compétence exclusive de l'arbitre. Le Tribunal a rejeté les requêtes ([2000] R.J.Q. 3097). La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé le jugement, accueilli les requêtes et rejeté l'action de la Commission appelante ((2002), 1 Admin. L.R. (4th) 187).

III. Analyse

A. *La compétence exclusive de l'arbitre*

(1) Le modèle de la compétence exclusive

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises, dans divers contextes législatifs, que la compétence de l'arbitre est exclusive à l'égard des litiges qui résultent de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective : *Weber*, précité; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13. Dans l'affaire *Weber*, notre Cour a écarté les modèles de la concomitance et du chevauchement des compétences de l'arbitre et des autres tribunaux pour retenir celui de la compétence exclusive. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) donnait trois raisons pour l'adoption du modèle de la compétence exclusive (par. 58) :

... [this] model gives full credit to the language of s. 45(1) of the *Labour Relations Act*. It accords with this Court's approach in *St. Anne Nackawic*. It satisfies the concern that the dispute resolution process which the various labour statutes of this country have established should not be duplicated and undermined by concurrent actions. It conforms to a pattern of growing judicial deference for the arbitration and grievance process and correlative restrictions on the rights of parties to proceed with parallel or overlapping litigation in the courts: see *Ontario (Attorney-General) v. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444 (Ont. Div. Ct.), per O'Brien J.

In other words, the adoption of the exclusive jurisdiction model is the result, first, of the desire to be consistent with the decision of this Court in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, in which it was held that mandatory arbitration clauses in labour relations statutes deprive the courts of any concurrent jurisdiction. Second, the language of s. 45(1) of the *Ontario Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, made arbitration the only available remedy for "all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement". And third, the adoption of the exclusive jurisdiction model makes it possible to achieve the objectives of the scheme established by the various labour relations statutes in Canada, namely to provide a speedy, economical, final and enforceable dispute resolution procedure that is not duplicated or undermined by concurrent actions.

In this case, the Chief Justice rejects the exclusive jurisdiction model and the essential character of the dispute test in favour of the best fit approach. In my opinion, that approach is precisely what was rejected in *Weber* when the three criteria that support the exclusive jurisdiction of the arbitrator were adopted. Adopting those criteria offers certainty in terms of the model to be followed and confirms the policy of judicial deference in respect of the exclusive and comprehensive dispute resolution mechanisms in the field of labour relations that the legislature has adopted.

... [ce] modèle [...] est tout à fait conforme au libellé du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* et il concorde avec la position adoptée par notre Cour dans *St. Anne Nackawic*. En outre, il exauce le souhait que la procédure de règlement de litige établie par les diverses lois sur les relations du travail au pays ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes. Il obéit à une tendance de plus en plus forte à faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la procédure d'arbitrage et de grief et à reconnaître des restrictions corrélatives aux droits des parties d'intenter des actions en justice qui sont parallèles ou se chevauchent : voir *Ontario (Attorney-General) c. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444 (C. div. Ont.), le juge O'Brien.

Autrement dit, l'adoption du modèle de la compétence exclusive résulte premièrement d'une volonté de se conformer à la décision de notre Cour dans l'affaire *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, selon laquelle les clauses d'arbitrage obligatoire prévues dans les lois sur les relations de travail privent les tribunaux de toute compétence concomitante. Deuxièmement, le libellé du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, faisait de l'arbitrage le seul recours pour régler « tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective ». Finalement, l'adoption du modèle de la compétence exclusive permet d'atteindre l'objectif du régime mis en place par les diverses lois sur les relations de travail au pays, soit le règlement rapide, économique, définitif et exécutoire des litiges à l'issue d'une procédure qui ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes.

La Juge en chef rejette en l'espèce le modèle de la compétence exclusive et le critère de l'essence du litige au profit de « la plus grande adéquation ». À mon avis, cette approche est justement celle que l'on a rejetée dans *Weber* en adoptant les trois critères qui appuient la compétence exclusive de l'arbitre. L'adoption de ces critères offre une certitude quant au modèle à suivre et confirme la politique de retenue judiciaire à l'égard des mécanismes exclusifs et globaux de règlement des différends liés aux relations de travail que le législateur a adoptés.

44

45

46

I am of the opinion that the exclusive jurisdiction model, and consequently the essential character of the dispute test, best reflect the legislature's intention in this case. According to the exclusive jurisdiction model, the determination of the appropriate forum centres on the dispute between the parties and, more specifically, whether the dispute arises out of the collective agreement: *Weber, supra*, at para. 51. Two factors must be considered when making this determination: the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement: *Weber*, at para. 51, and *Regina Police, supra*, at para. 25. The Chief Justice now says that the legal characterization is an issue even though it is not determinative. I see no justification for this change of direction.

Application to the Scheme in Issue

(i) Language of the Provision

47

It seems to me that the legislature's intention is apparent from the language of s. 100 of the *Labour Code*, as it was from the language of s. 45(1) of the *Labour Relations Act* in *Weber*. That provision, which clearly required that the exclusive jurisdiction model be applied, reads as follows:

45.—(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable. [Emphasis added.]

In enacting that subsection, the Ontario legislature manifested its intent not to apply the concurrent jurisdiction model or the model of overlapping jurisdictions. In my opinion, the same legislative intent is found in s. 100 of the *Labour Code*:

1. . . .

(f) "grievance": any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement;

100. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister. . . . [Emphasis added.]

J'estime que le modèle de la compétence exclusive et, conséquemment, le critère de l'essence du litige, sont ceux qui répondent le mieux à l'intention législative en l'espèce. Suivant ce modèle, la détermination du tribunal approprié dépend du différend qui oppose les parties et, plus particulièrement, du fait qu'il résulte ou non de la convention collective : *Weber*, précité, par. 51. Rappelons que cet exercice doit tenir compte de deux aspects, soit la nature du litige et le champ d'application de la convention collective : *Weber*, par. 51, et *Regina Police*, précité, par. 25. La Juge en chef dit maintenant que la qualification juridique entre en jeu même si elle n'est pas déterminante. Je ne vois aucune justification à ce changement de cap.

Application au régime en cause

(i) Libellé de la disposition

Il me semble qu'une intention législative évidente se dégage du libellé de l'art. 100 du *Code du travail*, tout comme il s'en dégageait une du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* dans l'affaire *Weber*. Cette dernière disposition exigeait clairement l'application du modèle de la compétence exclusive :

45 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage. [Je souligne.]

Le législateur ontarien, en édictant ce paragraphe, signalait qu'il n'avait pas l'intention d'appliquer les modèles de la concomitance ou du chevauchement des compétences. À mon avis, la même intention législative se dégage de l'art. 100 du *Code du travail* :

1. . . .

f) « grief » : toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective;

100. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déferé à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre. . . . [Je souligne.]

It is apparent from this comparison that the two provisions contain similar clauses granting exclusive arbitral jurisdiction over the settlement of disputes arising from the interpretation or application of a collective agreement.

(ii) Comprehensiveness of the Scheme

Adopting the exclusive jurisdiction model in this case is consistent with the principle of exclusive arbitral jurisdiction that characterizes Canadian labour relations schemes. The objectives of those schemes were considered in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1326:

It is clear then that this Court has enunciated a principle of deference, not only to decision-making structures under the collective agreement but as well to structures set up by labour legislation and in general, to specialized tribunals operating within their fields of expertise. When the relevant statute requires collective agreements to provide for the final and binding settlement of disputes, it becomes difficult if not impossible to distinguish *St. Anne*, *supra*, and similarly reasoned cases on the basis that the issue in those cases concerned the relationship between contractual dispute resolution and the jurisdiction of the ordinary courts, not the relationship between statutory dispute resolution and the courts. The concern that recourse to the ordinary courts may jeopardize the comprehensive dispute resolution process contained in labour relations legislation is one that arises in this latter situation as well. Allowing parties to disputes which, by their very nature, are those contemplated and regulated by labour legislation, to have recourse to the ordinary courts would fly in the face of the demonstrated intention of Parliament to provide an exclusive and comprehensive mechanism for labour dispute resolution, particularly in the context of the present case.

In this case, I have no doubt that we are dealing with a “comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting”: see *St. Anne Nackawic*, *supra*, at p. 721. It is clear that the *Labour Code* creates an exclusive and comprehensive mechanism for the settlement of disputes in labour relations cases

Il ressort de cette comparaison que les deux dispositions contiennent des clauses d'exclusivité arbitrale similaires pour le règlement des différends qui relèvent de l'interprétation ou de l'application d'une convention collective.

(ii) L'intégralité du régime

L'adoption du modèle de la compétence exclusive en l'espèce est conforme au principe de l'exclusivité arbitrale qui caractérise les régimes canadiens en matière de relations de travail. Les objectifs de ces régimes ont fait l'objet d'étude dans *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1326 :

Il est donc clair que notre Cour a formulé un principe de retenue non seulement envers les mécanismes décisionnels prévus par la convention collective, mais également envers les mécanismes établis par les lois en matière de travail et, en général, envers les tribunaux spécialisés dont les décisions relèvent de leur champ d'expertise. Lorsque la loi applicable exige que les conventions collectives prescrivent le caractère final et exécutoire du règlement des conflits, il devient difficile, sinon impossible, de distinguer l'arrêt *St. Anne*, précité, et les arrêts rendus pour des motifs semblables en affirmant que la question soulevée dans ces arrêts portait sur les rapports entre un mécanisme contractuel de règlement des différends et la compétence des tribunaux ordinaires et non le rapport entre un mécanisme légal de règlement des différends et les tribunaux. La crainte que le recours aux tribunaux ordinaires puisse compromettre le processus global de règlement des différends prévu dans les lois sur les relations du travail est un problème qui se pose dans ce dernier cas également. Permettre aux parties à un différend qui, par sa nature même, est un différend envisagé et régi par la législation sur les relations du travail, de recourir aux tribunaux ordinaires ferait fi de l'intention démontrée par le Parlement de prévoir un mécanisme exclusif et global de règlement des différends en matière de travail, particulièrement dans le contexte du présent pourvoi.

En l'espèce, je n'ai aucun doute que nous sommes en présence d'un « régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail » : voir *St. Anne Nackawic*, précité, p. 721. Il est clair que le *Code du travail* crée un mécanisme exclusif et complet de règlement des différends en matière de relations de

48

49

50

by requiring that all grievances be submitted to arbitration exclusively. Adopting a model other than the exclusive jurisdiction model in this case would undermine the comprehensiveness of the scheme, and would be contrary to the legislature's intention.

(iii) Trend in the Case Law

51

In this case, where there is an exclusivity clause and a comprehensive and exclusive scheme for the settlement of disputes, adopting the exclusive jurisdiction model is consistent with the decisions of this Court in *Regina Police, supra*, *Weber, supra*, and *St. Anne Nackawic, supra*. The Quebec Court of Appeal, too, has on numerous occasions applied the exclusive jurisdiction model to collective agreements subject to Quebec's *Labour Code*: see, for example, *Latulippe v. Commission scolaire de la Jeune-Lorette*, [2001] R.J.D.T. 26; *Mayville v. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4)*, [2001] Q.J. No. 366 (QL); *Corporation municipale de la Ville de Gaspé v. Côté*, [1996] R.D.J. 142; *Leroux v. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554; *Collège Dawson v. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041; *Furlong v. Résidence Christophe-Colomb*, [1995] R.D.J. 162.

52

With respect, I believe that s. 100 of the *Labour Code*, like s. 45(1) of the *Labour Relations Act*, lends itself solely to the exclusive jurisdiction model and grants arbitrators exclusive jurisdiction to hear disputes whose essential character relates to the application or interpretation of a collective agreement. Given that the claim brought by the plaintiffs in this case is, in its essential character, based on the application of a clause in a collective agreement, there can be no doubt that this dispute falls within the exclusive jurisdiction of the arbitrator.

(2) The Essential Character Test

53

When we examine the nature of the dispute, the goal is to determine the dispute's essential character. This determination is made on the basis of the facts surrounding the dispute between the parties, not on

travail en exigeant que tous les griefs soient soumis de façon exclusive à l'arbitrage. L'adoption en l'espèce d'un modèle autre que celui de la compétence exclusive aurait pour effet de compromettre l'intégralité de ce régime et serait contraire à l'intention du législateur.

(iii) Tendance jurisprudentielle

L'adoption du modèle de la compétence exclusive en l'espèce, en présence d'une clause d'exclusivité et d'un régime global et exclusif de règlement des différends, est conforme aux décisions de notre Cour dans les affaires *Regina Police, Weber* et *St. Anne Nackawic*, précitées. Rappelons que la Cour d'appel du Québec a elle aussi appliqué, à plusieurs reprises, le modèle de la compétence exclusive aux conventions collectives assujetties au *Code du travail* du Québec : voir, par exemple, *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune-Lorette*, [2001] R.J.D.T. 26; *Mayville c. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4)*, [2001] J.Q. n° 366 (QL); *Corporation municipale de la Ville de Gaspé c. Côté*, [1996] R.D.J. 142; *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554; *Collège Dawson c. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041; *Furlong c. Résidence Christophe-Colomb*, [1995] R.D.J. 162.

En somme, j'estime avec égards que l'art. 100 du *Code du travail*, tout autant que le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail*, se prête uniquement au modèle de la compétence exclusive et confère au seul arbitre la compétence pour entendre les litiges qui, dans leur essence, se rapportent à l'application ou à l'interprétation de la convention collective. Étant donné que, par son essence, l'allégation des demandeurs en l'espèce se base sur l'application d'une clause de la convention collective, il ne fait aucun doute que le différend relève de la compétence exclusive de l'arbitre.

(2) Le critère de l'essence du litige

L'examen de la nature du litige vise à en déterminer l'essence. Cette détermination s'effectue compte tenu non pas de la façon dont les questions juridiques peuvent être formulées, mais des faits

the basis of the legal issues that could be raised: see *Weber, supra*, at para. 43, and *Regina Police, supra*, at para. 25.

In *Weber, supra*, this Court defined the applicable test: if the dispute, in its essential character, concerns the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, the applicant's recourse must be arbitration. The language of s. 100 of the *Labour Code* requires, for its part, that the dispute, in its essential character, relate to the interpretation or application of the collective agreement. As noted earlier, the Chief Justice is now departing from that rule.

Application to the Facts in This Case

At para. 23 of her reasons for judgment, the Chief Justice states that "the main fact that animates the dispute between the parties is that the collective agreement contains a term that treats the complainants and members of their group . . . less favourably than more senior teachers". She characterizes the grievance as the assertion of a Quebec *Charter* right and concludes that an assertion of this kind does not, in its essential character, arise from the interpretation or the application of the collective agreement. Therefore, the arbitrator may not claim exclusive jurisdiction.

With respect, I believe that such an approach is contrary to the principles laid down by this Court in *Weber, supra*, and *St. Anne Nackawic, supra*, because its effect is to determine the essence of the dispute by reference solely to the nature of the right invoked. It is important to note that the issue raised in this case is very similar to the one raised in *Weber*. While the dispute at bar concerns a claim founded on an infringement of the right to equality guaranteed by the Quebec *Charter*, with regard to the application of the collective agreement, in *Weber* it was necessary to determine whether a claim founded on s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* fell within the exclusive jurisdiction of the arbitrator because of its attachment to the collective agreement. In both cases, the essential character of the dispute will determine who will hear the case. In *Weber*, the action

entourant le litige qui oppose les parties : voir *Weber, précité*, par. 43, et *Regina Police, précité*, par. 25.

Dans l'affaire *Weber, précitée*, notre Cour définissait le critère applicable : si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage. Le texte de l'art. 100 du *Code du travail* exige, pour sa part, que le litige, dans son essence, soit relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention collective. Tel que mentionné précédemment, la Juge en chef déroge maintenant à cette règle.

Application aux faits de l'espèce

La Juge en chef considère, au par. 23 de ses motifs, que « le litige réside principalement dans le fait qu'une clause de la convention collective traite les plaignants et les membres de leur groupe [. . .] moins favorablement que les enseignants ayant plus d'ancienneté ». Elle qualifie le grief de revendication d'un droit protégé par la *Charte québécoise* pour conclure qu'une revendication de ce genre ne résulte pas, dans son essence, de l'interprétation ou de l'application de la convention collective et que, par conséquent, l'arbitre ne peut faire valoir sa compétence exclusive.

Avec déférence, j'estime qu'une telle approche va à l'encontre des principes formulés par notre Cour dans les affaires *Weber* et *St. Anne Nackawic, précitées*, car elle a pour effet de déterminer l'essence du litige en se référant uniquement à la nature du droit invoqué. Il est en effet important de noter que la question qui se pose en l'espèce est très similaire à celle posée dans *Weber*. Tandis que le litige en l'espèce porte sur une demande fondée sur l'atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Charte québécoise*, eu égard à l'application de la convention collective, dans *Weber*, il fallait décider si une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* relevait de la compétence exclusive de l'arbitre en raison de son rattachement à la convention collective. Dans l'un et l'autre cas, l'essence du litige doit déterminer quel sera l'arbitre du différend. Dans *Weber*, l'action

54

55

56

founded on ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter* arose from Mr. Weber being placed under surveillance after claiming health insurance benefits under the collective agreement. The essential character of the dispute was not arrived at solely on the basis of the violation of privacy resulting from the surveillance — an issue relating to the determination of the fundamental rights of Mr. Weber and any other employee under surveillance — but rather on the basis of all the facts alleged by the parties, which in this case indicated that the dispute between the parties arose out of the application of the collective agreement. The surveillance was unfair treatment of the employee, even though the parties had not specifically contemplated such conduct in the collective agreement. Following the principles set out in *Weber* and applying the essential character test to the case at bar while paying close attention to the factual context, we arrive at the same result: the essential character of the dispute arises out of the application of the collective agreement and places the dispute within the arbitrator's exclusive jurisdiction. As Professor D. Nadeau explains in the article entitled "Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence" (2000), 60 *R. du B.* 387, at p. 398:

[TRANSLATION] When defining the "essential character" of a dispute . . . we are not required to delve into the very quintessence of the dispute, nor to examine its legal characterization. The procedure to be applied is simple and much more objective, as it consists solely in "examining the factual context" out of which the dispute arose and in determining if the facts surrounding the dispute between the parties *concern a matter covered* by the collective agreement, that is, if the dispute "*had to do with the collective agreement or did not*" or "*arose expressly or inferentially out of it.*" [Emphasis in original.]

57

In the case at bar, an examination of the factual context shows that the dispute, in its essential character, concerns pay and the taking into account of experience gained during the 1996-1997 school year for the purpose of setting pay. Such issues form the very foundation of a contract and working conditions. More specifically, this application concerns the reimbursement of lost wages resulting from the refusal to recognize experience gained over the 1996-1997 school year, an issue that is clearly

fondée sur les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne* résultait de la surveillance dont avait fait l'objet M. Weber suite à la perception de prestations d'assurance-maladie prévues par la convention collective. L'essence du litige n'a pas été déterminée seulement en fonction de l'atteinte à la vie privée résultant de la surveillance — une question relative à la détermination des droits fondamentaux de M. Weber et de tout autre employé soumis à une surveillance — mais en fonction de l'ensemble des faits qui opposaient les parties, en l'occurrence le fait que le différend entre les parties résultait de l'application de la convention collective. La surveillance était un traitement injuste de l'employé même s'il allait au-delà de ce que les parties avaient envisagé précisément dans la convention collective. L'application du critère de l'essence du litige en l'espèce, conformément aux principes énoncés dans *Weber*, en portant une attention particulière au contexte factuel, mène au même résultat : par son essence, le litige résulte de l'application de la convention collective et relève de la compétence exclusive de l'arbitre. Comme l'explique le professeur D. Nadeau dans son article intitulé « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence » (2000), 60 *R. du B.* 387, p. 398 :

[L]a définition de « l'essence » d'un litige [. . .] n'exige pas une recherche de celle-ci dans toute sa quintessence, ni un examen de la qualification juridique du litige. La démarche à ce sujet est simple et beaucoup plus objective car elle consiste uniquement à « examiner le contexte factuel » dans lequel un litige est né et à déterminer si les faits entourant le litige qui oppose les parties *concernent une matière visée* par la convention collective, si le litige « *porte ou non* sur la convention collective » ou « résulte expressément ou implicitement de celle-ci ». [En italique dans l'original.]

En l'espèce, un examen du contexte factuel montre que, par son essence, le litige porte sur la rémunération et la prise en compte de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 pour établir cette rémunération, des questions qui sont à la base même du contrat et des conditions de travail. Plus précisément, la demande vise le remboursement des pertes salariales résultant de la non-reconnaissance de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997, question qui relève

within the scope of the collective agreement. A legal characterization of the cause of action in this dispute, which would cast the dispute as being over the unlawful interference with the right to equality, ignores the factual context and the provisions of the collective agreement in question. I believe it cannot be denied that the arbitrator would have had jurisdiction to rule on the grievance if the arbitrator had heard it. If that is the case, I can see no way here to avoid applying the clause granting exclusive jurisdiction.

The Chief Justice, at para. 23 of her reasons, also states that the essential character of the dispute “is the process of the negotiation and the inclusion of [its terms] in the collective agreement”. In her opinion, disputes arising out of the negotiation of collective agreements do not fall within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. I cannot accept this argument for two reasons.

First, that reasoning treats disputes arising out of the negotiation of a collective agreement in the same manner as disputes arising from contracts predating the collective agreement. Sometimes the time when the claim originated is important, such as in cases of contracts agreed to before the collective agreement is signed: see *Weber, supra*, at para. 52; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (B.C.C.A.); *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). However, I do not think that negotiations leading up to the conclusion of a collective agreement could qualify as independent grounds for a grievance in the way that pre-employment agreements can, for example.

The facts of the present case can be distinguished from the situation in *Goudie, supra*, in which this Court decided that the essential character of the dispute consisted in a demand arising out of an alleged pre-employment agreement. Since this dispute was clearly not related to the collective agreement, the Court ruled that it was not covered by the legislature’s intent to favour arbitration: *Goudie, supra*, at para. 24. On the contrary, both the

clairement du champ d’application de la convention collective. Une qualification juridique de la cause d’action en l’espèce, soit l’atteinte illicite au droit à l’égalité, fait abstraction du contexte factuel et des dispositions de la convention collective. Il me paraît indéniable que l’arbitre aurait eu compétence pour décider du grief s’il en avait été saisi; si tel est le cas, il me semble impossible d’écarter ici l’application de la clause d’exclusivité.

La Juge en chef considère également, au par. 23 de ses motifs, que le litige met essentiellement en cause « le processus de négociation et l’insertion de la clause dans la convention collective ». À son avis, les litiges résultant de la négociation de conventions collectives ne relèvent pas de la compétence exclusive de l’arbitre. Deux raisons m’empêchent d’accepter ce raisonnement.

Premièrement, un tel raisonnement assimile les litiges découlant de la négociation d’une convention collective aux différends qui relèvent de contrats antérieurs à la convention collective. En effet, il arrive parfois que le moment auquel la demande est faite revête de l’importance, par exemple dans le cas des contrats conclus avant l’adoption de la convention collective : voir *Weber, précité*, par. 52; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A.C.-B.); *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Cependant, je ne crois pas que les négociations ayant mené à la formation de la convention collective puissent, en elles-mêmes, fonder un grief comme le peut, par exemple, un contrat de pré-emploi.

Les faits de la présente espèce se distinguent nettement de ceux de *Goudie, précité*, dans laquelle notre Cour a décidé que l’essence du litige consistait en une revendication fondée sur un présumé contrat de pré-emploi. Puisque le différend s’écarterait clairement de la convention collective, notre Cour a décidé qu’il n’était pas visé par l’intention du législateur de privilégier l’arbitrage : *Goudie, précité*, par. 24. Au contraire, la négociation des clauses

58

59

60

negotiation of clauses in a collective agreement and the resulting collective agreement are, as in the present case, closely linked to the application of the collective agreement of which they are a part. Thus, the negotiation of the Accord does not constitute an independent ground for a grievance outside the collective agreement. We cannot separate them for the purpose of determining the essential character of the dispute.

d'une convention collective et les ententes qui en résultent, comme en l'espèce, sont étroitement liées à l'application de la convention collective dont elles font partie. Ainsi, la négociation de l'accord ne saurait fonder un grief en dehors du cadre de la convention collective; on ne peut les séparer pour déterminer l'essence du litige.

61 Second, as Judge Rivet explained for the Tribunal, under s. 1 of the Act, the Accord between the government and the FSE constitutes a collective agreement within the meaning of the *Labour Code*:

Deuxièmement, comme l'a expliqué la juge Rivet pour le Tribunal, l'art. 1 de la Loi fait en sorte que l'accord intervenu entre le gouvernement et la FSE constitue une convention collective au sens du *Code du travail* :

1. This Act applies to the negotiation and making of a collective agreement within the meaning of the Labour Code (chapter C-27) between an association of employees within the meaning of the said Code and a school board

1. La présente loi s'applique à la négociation et à la conclusion d'une convention collective au sens du Code du travail (chapitre C-27) entre une association de salariés au sens de ce code et une commission scolaire . . .

62 It is the entire collection of provisions negotiated by the parties that constitutes the collective agreement binding on an association of employees and a school board. Section 25 of the Act confirms this:

C'est donc l'ensemble des stipulations négociées par les parties qui constitue la convention collective liant une association de salariés et une commission scolaire. L'article 25 de la Loi le confirme :

25. The clauses of a collective agreement binding between an association of employees and a school board, a college or an institution shall be negotiated and agreed by unions and management at the national level or at the local or regional level in accordance with the provisions of this chapter.

25. Les stipulations d'une convention collective liant une association de salariés et une commission scolaire, un collège ou un établissement, sont négociées et agréées par la partie syndicale et par la partie patronale à l'échelle nationale ou à l'échelle locale ou régionale suivant les dispositions du présent chapitre.

If the agreement resulting from negotiations constitutes a collective agreement, then conflicts over the interpretation and application of that agreement will give rise to grievances within the meaning of s. 1(f) of the *Labour Code* that may, if necessary, be put to arbitration. It is not possible to separate agreements resulting from negotiations and the collective agreement itself.

Si l'entente résultant des négociations constitue une convention collective, les désaccords relatifs à l'interprétation et à l'application de cette entente donneront lieu à des griefs au sens de l'al. 1f) du *Code du travail* qui pourront, s'il y a lieu, être soumis à l'arbitrage. Il n'est pas possible de séparer les ententes résultant des négociations de la convention collective elle-même.

63 For these reasons, it is my opinion that the Tribunal erred in attempting to centre the debate on the negotiation of the Accord when the discrimination alleged by the Commission is actually a result of the application of a clause of the collective agreement. As Nadeau explains, *supra*, at pp. 402-5:

Pour ces raisons, je suis d'avis que le Tribunal a erronément tenté de situer le débat au niveau de la négociation de l'accord, alors que la discrimination alléguée par la Commission résulte véritablement de l'application d'une clause de la convention collective. Comme l'explique Nadeau, *loc. cit.*, p. 402-405 :

[TRANSLATION] We feel it is safe to assume that any clause of a collective agreement that a party alleges to be discriminatory would certainly have been preceded by negotiations. However, it is not the negotiations that the complainants challenge, but rather the application of the collective agreement resulting from them. Even if the collective agreement was negotiated at the [provincial] level . . . this does not change the fact that the collective agreement in question is applied and interpreted at the school board level. . . . Therefore, to avoid finding a link between the claim and the collective agreement, the Tribunal invoked the essential character of the dispute, claiming that the dispute stemmed from what it called “an effect . . . arising out of the negotiation process”. We cannot accept . . . this new variation on the essential character test.

. . . In adopting a subjective method for analysing the cause of action and in casting the arbitrator’s jurisdiction as narrowly as possible, these tribunals are, as the Supreme Court put it, undermining both “the legislative purposes underlying” the establishment of a system of mandatory arbitration and “the intention of the parties to the agreement”.

Although the clause in dispute here was negotiated at the provincial level, it is part of every collective agreement between a school board represented by the management committee and an association of employees representing teachers who work for that school board. The cause of the alleged injury is not the negotiations leading up to the Accord, but the tangible effect of the negotiations, namely the signing of the Agreement and the incorporation of clause 6-4.01D) into each collective agreement binding the parties affected by the negotiations. It is the results, not the talks, that are challenged. The Accord is without effect on the parties until the Agreement, and by extension the collective agreements, is amended. Therefore, the arbitrator’s exclusive jurisdiction over disputes relating to the interpretation and application of clause 6-4.01D) cannot be ousted.

In discussing the appropriate forum for settling this dispute, the Chief Justice observes that this Court “has recognized that arbitrators may resolve legal issues incidental to their function of interpreting and applying the collective agreement” (para. 25). In my opinion, however, the principle actually stated by this Court in *Parry Sound (District) Social*

Il nous paraît certain que toute disposition d’une convention collective, qu’une partie prétend discriminatoire, a été précédée d’une négociation. Mais ce n’est pas cette négociation qui est attaquée par les plaignants mais l’application qui est faite du résultat de celle-ci, soit la convention collective. Or, le fait que la convention collective ait été négociée au niveau [provincial] [. . .] ne modifie en rien le fait que c’est au niveau de chaque commission scolaire que ladite convention collective est appliquée et interprétée. [. . .] C’est donc afin d’obvier à cette situation, qui fait apparaître le lien entre la réclamation et la convention collective, que le Tribunal invoque son critère de l’essence du litige qui découle d’un « effet [. . .] rattaché au processus de négociation ». Nous croyons [. . .] que cette nouvelle variante du critère de l’essence du litige [. . .] ne peut être retenue.

. . . En adoptant une méthode d’analyse subjective de la cause d’action et en présentant le champ d’intervention de l’arbitrage sous l’angle le plus restreint possible, ces tribunaux minent, comme le souligne la Cour suprême, « les objectifs législatifs qui sous-tendent » la mise sur pied d’un régime d’arbitrage obligatoire et « l’intention des parties à la convention ».

Même si la clause en litige a été négociée à l’échelle provinciale, elle fait partie de chaque convention collective liant une commission scolaire visée par le Comité patronal et une association de salariés représentant les enseignantes et les enseignants de cette commission scolaire. La source du préjudice allégué ne saurait être la négociation de l’accord, mais l’effet concret de cette négociation, soit la signature de l’entente et l’insertion de la clause 6-4.01D) dans chacune des conventions collectives liant les parties visées par la négociation. Ce sont les résultats et non les pourparlers qui sont attaqués. L’accord est sans effet sur les parties tant qu’il n’a pas abouti à une modification de l’entente et, de ce fait, des conventions collectives. L’on ne peut donc priver l’arbitre de sa compétence exclusive pour statuer sur une mésentente relative à l’interprétation et à l’application de la clause 6-4.01D).

Lorsqu’elle traite de la question du tribunal approprié pour régler le litige, la Juge en chef rappelle que notre Cour « a reconnu que l’arbitre peut trancher une question de droit accessoire à l’interprétation et à l’application d’une convention collective » (par. 25). Toutefois, à mon avis, le véritable principe énoncé par notre Cour dans *Parry Sound*

64

65

Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, is this: the substantive rights and obligations provided for under human rights legislation are incorporated into every collective agreement. As Iacobucci J. stated, at para. 28: “The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement.” It cannot be said that a human rights issue is incidental to a collective agreement if it is implicitly incorporated into it.

(*District*), *Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, est le suivant : les droits et les obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne sont incorporés dans toute convention collective. Comme l’a expliqué le juge Iacobucci, au par. 28 : « L’absence d’une disposition expresse qui interdit la violation d’un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. » On ne peut dire que la question des droits de la personne est accessoire à la convention collective si ceux-ci y sont implicitement incorporés.

66 Moreover, in the case at bar, clause 14-3.02 of the Agreement incorporates into the collective agreement the right of teachers to the full and equal exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Quebec *Charter*. Human rights are clearly not incidental to the collective agreement; in this case, they are expressly incorporated into it. It would be most peculiar if the *Labour Code* were to be interpreted liberally in all cases except those where the infringement of a Quebec *Charter* right is alleged, especially in light of the above-mentioned clause 14-3.02 and ss. 100 and 139 of the *Labour Code*.

Qui plus est, en l’espèce, la clause 14-3.02 de l’entente incorpore à la convention collective le droit des enseignants et des enseignantes à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés garantis par la *Charte québécoise*. La question des droits de la personne n’est sûrement pas accessoire à la convention collective; ici, elle y est expressément incorporée. Il serait d’ailleurs fort singulier que le *Code du travail* doive être interprété de façon libérale dans tous les cas sauf celui où l’atteinte à un droit protégé par la *Charte québécoise* est invoquée, surtout à la lumière de la clause 14-3.02 susmentionnée et des art. 100 et 139 du *Code du travail*.

67 Even if the problem in this case could be characterized exclusively as a human rights violation, it would still be subject to the arbitrator’s exclusive jurisdiction, as the arbitrator has jurisdiction over any issue that is expressly or inferentially linked to the collective agreement. Arbitrators have the authority to remedy *Canadian Charter* violations because their enabling legislation authorizes them to render decisions in this regard: see *Weber, supra*, and *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. The same is true in Quebec. In Quebec law, arbitrators are empowered to remedy *Charter* violations (ss. 100 and 100.12 of the *Labour Code*). Even if the remedy requested is founded on an infringement of fundamental rights guaranteed by the *Charters*, the Quebec case law is consistent on this point: arbitrators retain their exclusive jurisdiction so long as there is a link or relationship between the aggrieved conduct and the provisions of the collective agreement: *Gaspé v. Côté, supra*; *Leroux,*

Même si le problème en l’espèce pouvait être qualifié exclusivement de violation des droits de la personne, il resterait tout de même assujéti à la compétence exclusive de l’arbitre puisque ce dernier a compétence sur toute question ayant un lien, explicite ou implicite, avec la convention collective. L’arbitre possède le pouvoir de remédier à ce qu’il juge être une violation de la *Charte canadienne* parce que sa loi habilitante l’autorise à rendre une décision à cet égard : voir *Weber, précité*, et *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. Il en va de même au Québec : en droit québécois, l’arbitre est investi du pouvoir de remédier à ce qu’il juge être une violation des *Chartes* (art. 100 et 100.12 du *Code du travail*). Même si la réparation demandée est fondée sur l’atteinte aux droits fondamentaux protégés par les *Chartes*, la jurisprudence est constante au Québec : la compétence exclusive de l’arbitre demeure dès lors qu’il existe un lien ou une relation entre le

supra; *Université du Québec à Trois-Rivières v. St-Pierre*, J.E. 97-1309 (C.A.); *Hydro-Québec v. Tremblay*, J.E. 2001-200 (C.A.); *Collège Dawson, supra*; *Latulippe, supra*; *Mayville, supra*; *Section locale 2995 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier v. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111 (C.A.); *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1998] Q.J. No. 3250 (QL) (Sup. Ct.), motion to dismiss appeal allowed, C.A. Mtl., No. 500-09-007442-981, September 20, 1999, and leave for the Commission to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. ix; *Syndicat des postiers du Canada v. Société canadienne des postes*, [1995] R.J.Q. 2404. Thus, even if we characterized this dispute as being over the infringement of a Quebec Charter right, it would still be subject to the arbitrator's exclusive jurisdiction.

B. *The Integration of Fundamental Rights in the Arbitration Process*

There is no cause to call into question the principle of exclusive arbitral jurisdiction, as this principle governs all aspects of the relationship between the parties respecting labour relations. We should bear in mind that arbitrators have been delegated the authority to enforce the substantive rights and obligations provided for under human rights legislation in order to advance the fundamental objective of this delegation, namely the prompt, final and binding resolution of workplace disputes for the benefit of the parties and society as a whole: see *Parry Sound, supra*, at para. 50; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 489. It is important that administrative bodies with the authority to apply the *Charters* be called upon to do so and that they incorporate into their procedures a constant concern for upholding the *Charters'* guiding principles. This is consistent with the legislative intent, because the Quebec legislature has given its Human Rights Tribunal non-exclusive jurisdiction and stipulated that administrative bodies that do not

comportement reproché et les dispositions de la convention collective : *Gaspé c. Côté*, précité; *Leroux*, précité; *Université du Québec à Trois-Rivières c. St-Pierre*, J.E. 97-1309 (C.A.); *Hydro-Québec c. Tremblay*, J.E. 2001-200 (C.A.); *Collège Dawson*, précité; *Latulippe*, précité; *Mayville*, précité; *Section locale 2995 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111 (C.A.); *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1998] A.Q. n° 3250 (QL) (C.S.), requête en rejet d'appel accueillie, C.A. Mtl, n° 500-09-007442-981, 20 septembre 1999, et autorisation de pourvoi par la Commission refusée, [2000] 1 R.C.S. ix; *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes*, [1995] R.J.Q. 2404. Par conséquent, même si, en l'espèce, on voyait dans le litige un problème de violation d'un droit prévu par la *Charte québécoise*, il resterait assujéti à la compétence exclusive de l'arbitre.

B. *L'intégration des droits fondamentaux au processus d'arbitrage*

Il n'y a pas lieu de remettre en question le principe de l'exclusivité arbitrale puisqu'il est apte à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. Rappelons que l'attribution à l'arbitre du pouvoir de faire respecter les droits et les obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne permet de promouvoir, tant au niveau des parties que de l'ensemble de la société, l'objectif fondamental de cette attribution, soit le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail : voir *Parry Sound*, précité, par. 50; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 489. Il est important que les divers organismes administratifs aptes à appliquer les *Chartes* soient effectivement appelés à le faire et qu'ils intègrent à leur démarche le souci constant de faire respecter les principes qui sous-tendent les *Chartes*. Cela est conforme à l'intention législative puisque le législateur québécois a conféré un pouvoir non exclusif à son Tribunal des droits de la personne et prévu que les organismes

specialize in human rights would nevertheless have a duty to ensure that their decisions protect human rights. It seems clear to me that the legislative objective is to foster the development of a general culture of respect for human rights throughout Quebec's administrative system.

administratifs non spécialisés dans ce domaine auraient néanmoins le devoir d'assurer le respect des droits de la personne dans leurs décisions. L'objectif législatif me semble favoriser le développement d'une culture générale de respect des droits de la personne dans tout le système administratif du Québec.

69

Although there already is a tribunal for resolving disputes involving human rights, this does not mean that delegating arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations provided for under the *Charters* cannot serve to reinforce human rights protection: *Parry Sound, supra*, at para. 52. I also believe that referring such disputes to an arbitrator is the logical choice, since reaching a collective agreement, with the intention of amending it through negotiations, raises a multitude of issues that an arbitrator is by far in the best position to handle on an informed basis. If, for example, one benefit under a collective agreement or its newly negotiated clauses is exchanged for another, or if a group is disadvantaged by one clause while being favoured by another, it is only by examining the collective agreement as a whole that a full assessment of the problem can be achieved. In the context of a collective agreement, it is not enough to examine the contested clause in isolation. Since arbitrators have exclusive jurisdiction to hear disputes related to collective agreements, only an arbitrator is competent to hear this case. On this point, I would also note that decisions of the Human Rights Tribunal and of arbitrators are all subject to judicial review, and that it is therefore not so much their legal expertise that should concern us here as their expertise in assessing facts: see, on this point, *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 30; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at pp. 604-5.

Même s'il existe déjà un tribunal pour le règlement des conflits touchant aux droits de la personne, cela ne veut pas dire que l'attribution à l'arbitre du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les *Chartes* ne permet pas de renforcer davantage la protection des droits de la personne : *Parry Sound*, précité, par. 52. Je crois aussi que le renvoi à l'arbitre est le choix logique puisque la formation d'une convention collective, avec l'intention de la modifier par voie de négociations, comporte une multiplicité d'aspects sur lesquels l'arbitre est de loin le mieux placé pour se prononcer en connaissance de cause. Si, par exemple, dans la convention collective ou dans les nouvelles clauses négociées, l'on échangeait un avantage contre un autre ou que l'on défavorisait un groupe dans une clause pour le favoriser dans une autre, seul un examen de l'ensemble de la convention collective permettrait une évaluation complète du problème. Il n'est pas suffisant d'examiner isolément la clause contestée d'une convention collective. Puisque l'arbitre a compétence exclusive pour entendre les différends qui ont trait à la convention collective, lui seul est compétent pour trancher en l'espèce. Je signale à cet égard que les décisions du Tribunal des droits de la personne et celles de l'arbitre sont toutes sujettes à révision judiciaire et que ce n'est donc pas tant l'expertise en matière juridique qui devrait nous intéresser que l'expertise quant aux faits : voir, à ce sujet, *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 30; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 604-605.

70

As Rousseau-Houle J.A. explained in the Court of Appeal decision, only a comprehensive vision of the situation will allow us to resolve disputes related to a collective agreement (at para. 129):

Comme l'a expliqué la juge Rousseau-Houle, de la Cour d'appel, seule une vision complète de la situation permettra de régler les différends liés à la convention collective (par. 129) :

[TRANSLATION] In the case at bar, the alleged discrimination must be interpreted in light of *the* simultaneously collective and individual nature of the rights under the collective agreement and of the bargaining system currently in force under Quebec labour law. As Gagnon, LeBel and Verge wrote, “The collective agreement encompasses an incredibly varied range of aspects of the relationships between employers, unions and employees, to the point where it has become a veritable ‘Workplace Charter of Rights’.” [Emphasis in original.]

Under the current legislative framework, we must determine the essential character of the issue and find one single entity to handle it. If the parties had several fora available to them, violence would be done to the comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting and the foundation upon which the arbitrator’s exclusive jurisdiction is built would be undermined: *St. Anne Nackawic*, *supra*, at p. 721. This would also be a source of uncertainty in a number of cases in which the dominant aspect of a dispute or the required degree of dissociation between the incident event, on the one hand, and the collective agreement and its application, on the other, must be addressed. The same problem could arise in cases where the grievance includes several grounds, with only one of those grounds involving an infringement of *Charter* rights.

Even if the remedy sought is founded on the infringement of fundamental rights protected by the Quebec *Charter*, the arbitrator will have exclusive jurisdiction as long as the essential character of the dispute involves the interpretation or application of the collective agreement. The fact that the Commission or the Tribunal has greater expertise than arbitrators with respect to human rights violations is an insufficient basis on which to conclude that arbitrators should not have the power to uphold fundamental rights: *Parry Sound*, *supra*, at para. 53. In *Weber*, *supra*, at para. 60, this Court gave a clear indication of the advantages of giving arbitrators exclusive jurisdiction over issues of fundamental rights raised in disputes that, based on their facts, would fall within an arbitrator’s jurisdiction:

Citizens are permitted to assert their *Charter* rights in a prompt, inexpensive, informal way. The parties are not

La discrimination invoquée dans la présente affaire doit être interprétée à la lumière du caractère à la fois collectif et individuel des droits découlant de la convention collective et du système de négociation établi par le droit du travail en vigueur au Québec. Comme l’ont écrit les auteurs Gagnon, LeBel et Verge : « Englobant les aspects les plus variés des relations entre l’employeur, le syndicat et les salariés, la convention est devenue vraiment la “Charte d’un milieu de travail” ». [En italique dans l’original.]

Suivant le régime législatif actuel, il faut donc cerner l’essence du problème et trouver un organe unique pour le régler. L’accès des parties à plusieurs instances portera atteinte au régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail et minera le fondement du respect de la compétence exclusive de l’arbitre : *St. Anne Nackawic*, précité, p. 721. Ce sera aussi une source d’incertitude dans bien des cas où il faudra se demander quel est l’aspect dominant du litige ou le degré requis de dissociation entre l’événement accessoire, d’une part, et la convention collective et son application, d’autre part. Je pense aussi au cas où le grief comprendrait plusieurs allégations dont une seule serait liée à une atteinte aux droits garantis par une *Charte*.

Par conséquent, même si la réparation est demandée en fonction de l’atteinte aux droits fondamentaux protégés par la *Charte québécoise*, la compétence exclusive de l’arbitre demeure dès lors que l’essence du litige relève de l’interprétation ou de l’application de la convention collective. Le fait que la Commission ou le Tribunal possède une plus grande expertise que l’arbitre en matière de violations des droits de la personne n’est pas un motif suffisant pour que l’arbitre n’ait pas le pouvoir de faire respecter les droits fondamentaux : *Parry Sound*, précité, par. 53. Dans *Weber*, précité, par. 60, notre Cour a clairement fait valoir les avantages de l’exclusivité de la compétence de l’arbitre pour trancher les questions de droits fondamentaux soulevées par un litige qui relève factuellement de la compétence arbitrale :

Ainsi, les citoyens sont autorisés à faire valoir les droits qui leur sont garantis par la *Charte* de façon rapide, peu

71

72

required to duplicate submissions on the case in two different fora, for determination of two different legal issues. A specialized tribunal can quickly sift the facts and compile a record for the reviewing court.

C. *The Tribunal's Lack of Exclusive Jurisdiction*

73 Under the jurisdiction-endowing provisions provided for under the Quebec *Charter*, the Tribunal does not have exclusive jurisdiction over hearing and ruling on complaints concerning human rights violations. As the respondents indicated, the Quebec *Charter* favours the universality of jurisdiction for tribunals, be they ordinary or specialized ones, to ensure its proper application. There is no provision in the Quebec *Charter* that would favour or give precedence to one jurisdiction in particular.

74 In fact, s. 111 of the Quebec *Charter*, which defines the scope of the Tribunal's jurisdiction, does not indicate that this jurisdiction is exclusive. This is compatible with s. 77, which recognizes that an individual whose rights under the Quebec *Charter* have been infringed may institute proceedings in a forum other than the Tribunal. Thus, there is nothing in the Quebec *Charter* that would prevent such plaintiffs from applying to a different forum, such as a court of law.

75 Moreover, once the Commission has determined that a complaint is sufficiently founded and that all attempts at resolving the dispute have failed or the agreed-upon proposal has not been implemented, s. 80 of the Quebec *Charter* gives the Commission the right to apply to a tribunal to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time. The tribunal that the Commission applies to could just as well be a court of law as the specialized tribunal created by the Quebec *Charter*.

76 In addition to the non-exclusive nature of the Tribunal's jurisdiction, it should be noted that any competent tribunal, not just the Tribunal, has the

coûteuse et informelle. Les parties ne sont pas obligées de présenter deux requêtes à deux juridictions différentes pour que soient tranchées deux questions juridiques distinctes. Un tribunal spécialisé peut rapidement passer les faits au crible et dresser un dossier pour le tribunal d'appel.

C. *L'absence de compétence exclusive du Tribunal des droits de la personne*

Suivant les dispositions attributives de compétence de la *Charte québécoise*, le Tribunal ne possède pas une compétence exclusive pour entendre et régler une plainte alléguant le non-respect des droits de la personne. En fait, comme l'indiquent les intimées, la *Charte québécoise* favorise l'universalité de la compétence des tribunaux, ordinaires ou spécialisés, pour assurer son application. Aucune de ses dispositions ne favorise ou ne privilégie une instance en particulier.

De fait, l'art. 111 de la *Charte québécoise*, qui définit l'étendue de la compétence du Tribunal, n'indique pas que cette compétence est exclusive. Cela est compatible avec l'art. 77, qui reconnaît qu'une personne ayant subi une atteinte à un droit garanti par la *Charte québécoise* peut intenter une action devant une autre instance que le Tribunal. Ainsi, rien dans la *Charte québécoise* n'empêche un tel plaignant de s'adresser à un autre tribunal, notamment un tribunal de droit commun.

Également, une fois que la Commission juge qu'une plainte a un fondement suffisant, que des tentatives de règlement ont échoué ou qu'une proposition acceptée n'a pas été mise en œuvre, l'art. 80 de la *Charte québécoise* lui donne le droit de s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate. Le tribunal auquel s'adresse la Commission peut aussi bien être un tribunal de droit commun que le tribunal spécialisé institué par la *Charte québécoise*.

Outre le caractère non exclusif de la compétence, il faut noter que le pouvoir d'accorder réparation en vertu de l'art. 49 de la *Charte québécoise* appartient

power to grant a remedy pursuant to s. 49 of the Quebec *Charter*. The Tribunal's lack of exclusive jurisdiction was recognized by this Court in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345.

The Quebec legislature did not deem it essential to the implementation of the Quebec *Charter* that the Tribunal alone should rule on fundamental rights issues. Nevertheless, its intent with regard to the legislative framework established by the *Labour Code* is very clear. It wished to give arbitrators exclusive jurisdiction, without exception, over the resolution of disputes arising out of collective agreements. Regardless of whether a case concerns a simple pay dispute or discrimination in the determination of pay, the principle of exclusive arbitral jurisdiction must still be applied. As I observed in *Regina Police, supra*, at para. 34, we must avoid formalistic interpretations of the provisions that would deny the decision-making body jurisdiction where it was clearly the intention of the legislature that it hear the dispute.

IV. Conclusion

Since in my view the Quebec Court of Appeal was correct in its decision that the Tribunal did not have jurisdiction *ratione materiae* to hear the dispute, I would dismiss the appeal, with costs.

APPENDIX

Legislative Provisions:

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

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

à tout tribunal compétent et non exclusivement au Tribunal des droits de la personne. Ce caractère non exclusif de la compétence du Tribunal a d'ailleurs été reconnu par notre Cour dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

Le législateur québécois n'a pas jugé essentiel, pour la mise en œuvre de la *Charte québécoise*, de prévoir que seul le Tribunal pourrait décider des questions touchant aux droits fondamentaux. Toutefois, son intention en ce qui concerne le régime législatif établi par le *Code du travail* est bien claire. Il a voulu conférer à l'arbitre une compétence exclusive pour régler les litiges qui découlent de la convention collective, sans exception. Peu importe qu'il s'agisse d'un simple problème de rémunération ou d'un problème de discrimination dans la détermination de la rémunération, il faut appliquer le principe de l'exclusivité arbitrale. Comme je l'ai rappelé dans l'affaire *Regina Police*, précitée, par. 34, il faut éviter de donner à une disposition une interprétation formaliste qui priverait un décideur de sa compétence alors que le législateur a clairement voulu qu'il entende le litige.

IV. Conclusion

Puisque j'estime que la Cour d'appel du Québec a eu raison de décider que le Tribunal n'avait pas compétence *ratione materiae* pour connaître du litige, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

Dispositions législatives :

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

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

77

78

49.1. Any complaint, dispute or remedy the subject-matter of which is covered by the Pay Equity Act (chapter E-12.001) shall be dealt with exclusively in accordance with the provisions of that Act.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

77. The commission shall refuse or cease to act in favour of the victim where

(1) the victim or the complainant so requests, subject to the commission's ascertaining that such request is made freely and voluntarily;

(2) the victim or the complainant has, on the basis of the same facts, personally pursued one of the remedies provided for in sections 49 and 80.

The commission may refuse or cease to act in favour of the victim where

(1) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than two years before the filing of the complaint;

(2) the victim or the complainant does not have a sufficient interest;

(3) the complaint is frivolous, vexatious or made in bad faith;

(4) the victim or the complainant has, on the basis of the same facts, personally pursued a remedy other than those provided for in sections 49 and 80.

101. The Tribunal is composed of not fewer than 7 members, including a president and assessors, appointed by the Government. The president shall be chosen, after consultation with the chief judge of the Court of Québec, from among the judges of that court having notable experience and expertise in, sensitivity to and interest for matters of human rights and freedoms; the assessors shall be chosen from among the persons included in the panel provided for in the third paragraph of section 62.

111. The Tribunal is competent to hear and dispose of any application submitted under section 80, 81 or 82, in particular in matters of employment or housing or in connection with goods and services generally available to the public, and any application submitted under section 88, 90 or 91 in respect of an affirmative action program.

Only the commission may initially submit an application to the Tribunal to pursue any of the remedies provided for in any of the said sections, subject to the

49.1. Les plaintes, différends et autres recours dont l'objet est couvert par la Loi sur l'équité salariale (chapitre E-12.001) sont réglés exclusivement suivant cette loi.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

77. La Commission refuse ou cesse d'agir en faveur de la victime, lorsque :

1° la victime ou le plaignant en fait la demande, sous réserve d'une vérification par la Commission du caractère libre et volontaire de cette demande;

2° la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80.

Elle peut refuser ou cesser d'agir en faveur de la victime, lorsque :

1° la plainte a été déposée plus de deux ans après le dernier fait pertinent qui y est rapporté;

2° la victime ou le plaignant n'a pas un intérêt suffisant;

3° la plainte est frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi;

4° la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours que ceux prévus aux articles 49 et 80.

101. Le Tribunal est composé d'au moins 7 membres, dont le président et les assesseurs, nommés par le gouvernement. Le président est choisi, après consultation du juge en chef de la Cour du Québec, parmi les juges de cette cour qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne; les assesseurs le sont parmi les personnes inscrites sur la liste prévue au troisième alinéa de l'article 62.

111. Le Tribunal a compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu de l'un des articles 80, 81 et 82 et ayant trait, notamment, à l'emploi, au logement, aux biens et services ordinairement offerts au public, ou en vertu de l'un des articles 88, 90 et 91 relativement à un programme d'accès à l'égalité.

Seule la Commission peut initialement saisir le Tribunal de l'un ou l'autre des recours prévus à ces articles, sous réserve de la substitution prévue à l'article 84

substitution provided for in section 84 in favour of a complainant and to the pursuit of the remedy provided for in section 91 by a person on whom the Tribunal has previously imposed an affirmative action program.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

1. In this code, unless the context requires otherwise, the following expressions mean:

. . .

(f) “grievance”: any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement;

. . .

100. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

100.12. In the exercise of his duties the arbitrator may

(a) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

. . .

Appeal allowed, BASTARACHE and ARBOUR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents Centrale de l’enseignement du Québec, now Centrale des syndicats du Québec, and Fédération des syndicats de l’enseignement: Grondin, Poudrier, Bernier, Québec.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

en faveur d’un plaignant et de l’exercice du recours prévu à l’article 91 par la personne à qui le Tribunal a déjà imposé un programme d’accès à l’égalité.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

1. Dans le présent code, à moins que le contexte ne s’y oppose, les termes suivants signifient :

. . .

f) « grief » : toute mésentente relative à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective;

. . .

100. Tout grief doit être soumis à l’arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l’association accréditée et l’employeur y donnent suite; sinon il est déferé à un arbitre choisi par l’association accréditée et l’employeur ou, à défaut d’accord, nommé par le ministre.

100.12. Dans l’exercice de ses fonctions l’arbitre peut :

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d’un grief;

. . .

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et ARBOUR sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Procureurs de l’intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intimées la Centrale de l’enseignement du Québec, désormais la Centrale des syndicats du Québec, et la Fédération des syndicats de l’enseignement : Grondin, Poudrier, Bernier, Québec.

Procureur de l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitors for the intervener the Quebec Human Rights Tribunal: Lafortune, Leduc, Montréal.

Solicitor for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Confédération des syndicats nationaux, Montréal.

Solicitors for the intervener Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec: Trudel Nadeau, Montréal.

Solicitor for the intervener the Canadian Union of Public Employees: Canadian Union of Public Employees, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal des droits de la personne du Québec : Lafortune, Leduc, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Confédération des syndicats nationaux, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec : Trudel Nadeau, Montréal.

Procureur de l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique : Syndicat canadien de la fonction publique, Montréal.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, acting on behalf of Caroline Charette *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Quebec Human Rights Tribunal, Honourable Simon Brossard, Caroline Gendreau and Stéphanie Bernstein *Intervenors*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. QUEBEC (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL)

Neutral citation: 2004 SCC 40.

File No.: 29187.

2003: October 14; 2004: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Human rights tribunal — Jurisdiction — Complainant leaving work on maternity leave no longer entitled to receive social assistance benefits provided to low income families with children under income security legislation — Complainant alleging discrimination on basis of sex and pregnancy — Commission des affaires sociales having jurisdiction to deal with disputes concerning ministerial decisions to discontinue a person's benefits under legislation — Whether Commission has exclusive jurisdiction over dispute — Whether Human Rights Tribunal may decide issue of alleged discrimination.

The complainant was entitled to participate in a government program called APPORT that provided social assistance benefits to low income families with children where at least one adult was receiving income from employment in the labour force. When she left work on maternity leave, she was told that she would not receive the benefits because the employment insurance benefits she would receive while on maternity leave were not

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, agissant en faveur de Caroline Charette *Appelante*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Tribunal des droits de la personne du Québec, honorable Simon Brossard, Caroline Gendreau et Stéphanie Bernstein *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROUREUR GÉNÉRAL) c. QUÉBEC (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE)

Référence neutre : 2004 CSC 40.

N^o du greffe : 29187.

2003 : 14 octobre; 2004 : 11 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Plaignante en congé de maternité inadmissible au versement, en vertu d'une loi sur la sécurité du revenu, de prestations d'aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge — Allégation, par la plaignante, de discrimination fondée sur le sexe et la grossesse — Commission des affaires sociales ayant le pouvoir de statuer sur tout litige relatif à la décision du ministre de cesser de verser des prestations à une personne sous le régime de la loi — La Commission a-t-elle compétence exclusive à l'égard du litige? — Le Tribunal des droits de la personne peut-il statuer sur l'allégation de discrimination?

La plaignante était admissible au programme gouvernemental APPORT. Ce programme prévoyait le versement de prestations d'aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge et dont au moins un adulte touchait un revenu d'emploi. Au moment de partir en congé de maternité, la plaignante a été avisée qu'elle ne toucherait pas ces prestations pendant son congé, puisque ses prestations d'assurance-emploi ne

income from employment. She filed a complaint with the Quebec Human Rights Commission alleging discrimination on the basis of sex and pregnancy. The complaint was referred to the Human Rights Tribunal. The Tribunal rejected a motion that it decline jurisdiction on the ground that the Commission des affaires sociales (CAS) possessed exclusive jurisdiction over the dispute. The motions for judicial review and suspension of the Tribunal proceedings were later dismissed by the Superior Court. The Court of Appeal reversed the orders, holding that the Tribunal had no jurisdiction over the dispute and that the complainant's only remedy was an appeal to the CAS.

Held (McLachlin C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache and Arbour JJ.: The Tribunal des droits de la personne did not have jurisdiction *ratione materiae* to hear this dispute. The key issue in each case is whether the essential character of the dispute, in its factual context, arises either expressly or inferentially from a statutory scheme. Here, the essential character of the dispute consists in deciding whether the complainant qualifies for the PWA program, an issue that lies within the exclusive jurisdiction of the CAS.

Where there is a comprehensive administrative scheme, such as the one established by the *Act respecting the Commission des affaires sociales* and the *Income Security Act*, that gives a specialized administrative body and that body alone the jurisdiction to apply and interpret that scheme, this administrative body will not lose its exclusive jurisdiction simply because a case raises a human rights issue or involves declaring a legislative provision to be of no force or effect. The legislature did not make a distinction between disputes that are based on human rights grounds and those that are not. On the contrary, it has explicitly granted the CAS the power to decide questions of law arising out of the application of ss. 78 and 81 of the *Income Security Act*, this power being presumed to include the authority to declare the Minister's decision to exclude the complainant from the PWA program discriminatory and declare any provision of the *Income Security Act* contravening the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* to be of no force or effect. This authority is consistent with the intent of the Quebec legislature, which gave the Tribunal non-exclusive powers and stipulated that administrative bodies not specializing in human rights nevertheless have a duty to enforce those rights in their decisions. Finally, even if a dispute raises a question of non-compliance with obligations under the *Charter*, the resolution of this dispute requires a thorough understanding of the objectives of

constitueraient pas un revenu d'emploi. Elle a porté plainte devant la Commission des droits de la personne du Québec, alléguant avoir fait l'objet de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse. La Commission a soumis la plainte au Tribunal des droits de la personne. Le Tribunal a rejeté une requête lui demandant de décliner compétence au motif que la Commission des affaires sociales (CAS) avait compétence exclusive à l'égard du litige. La Cour supérieure a rejeté les demandes de contrôle judiciaire et de suspension de l'instance devant le Tribunal. La Cour d'appel a infirmé ces ordonnances et statué que le Tribunal ne pouvait connaître du litige et que le seul recours de la plaignante était l'appel devant la CAS.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci et Major sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Bastarache et Arbour : Le Tribunal des droits de la personne n'avait pas compétence *ratione materiae* pour connaître du litige. La question clé dans chaque cas est de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. En l'espèce, l'essence du litige est l'admissibilité de la plaignante au programme APPORT, une question qui relève exclusivement de la compétence de la CAS.

En présence d'un régime administratif complet, tel que celui qui est établi par la *Loi sur la Commission des affaires sociales* et la *Loi sur la sécurité du revenu*, et qui confère de façon exclusive à un organisme administratif spécialisé la compétence nécessaire pour l'appliquer et l'interpréter, le simple fait de soulever une question de droits fondamentaux ou d'inopposabilité d'une disposition législative ne fait pas perdre à cet organisme sa compétence exclusive. Le législateur n'a pas fait de distinction entre les litiges qui sont fondés sur un motif relevant des droits de la personne et ceux qui ne le sont pas. Au contraire, il a expressément investi la CAS du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application des art. 78 et 81 de la *Loi sur la sécurité du revenu*, ce pouvoir étant présumé comprendre celui de déclarer discriminatoire la décision du ministre d'exclure la plaignante du programme APPORT et de déclarer inopposable toute disposition de la *Loi sur la sécurité du revenu* qui contreviendrait à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ce pouvoir est conforme à l'intention législative au Québec puisque le législateur a accordé un pouvoir non exclusif au Tribunal des droits de la personne et prévu que les organismes administratifs non spécialisés dans le domaine ont néanmoins le devoir de veiller au respect des droits de la personne dans leurs décisions. Enfin, même si un litige soulève un problème de non-conformité avec les obligations prévues dans la

the legislative scheme, as well as of the practical constraints related to its application and the consequences of the remedies proposed.

Per Binnie and Fish JJ.: Section 21 of the CAS Act makes it clear that the administrative appeal route for claimants dissatisfied with the Minister's discontinuance of an income security benefit is exclusive to the CAS and the jurisdiction is not overlapping or concurrent with that of any other Tribunal. While it is true that the dispute can also be viewed as a human rights claim about the validity of an aspect of the legislative scheme, the question of validity under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* is also within the jurisdiction of the CAS, and the complainant cannot sidestep the clearly expressed will of the Quebec legislature by failing to ask for reconsideration or failing to exercise her right of administrative appeal. The legal factors that favoured the jurisdiction of the Commission in *Morin* do not apply here. First, there is no doubt that the complainant's claim is under the *Income Security Act* and that the CAS is competent to deal with it, including the *Charter* arguments. Second, the complainant here would not be represented by unions opposed, on the face of it, to her interests. Third, the CAS has jurisdiction over all relevant parties to the complaint about discontinuance of the income supplement. Fourth, while the dispute potentially affects many individuals, this is true of *Charter* claims generally, and it is a factor which the Quebec legislature inevitably took into account when it gave exclusive jurisdiction to the CAS, including jurisdiction to adjudicate *Charter* issues, subject to judicial review.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci and Major JJ. (dissenting): To determine whether the Human Rights Tribunal has jurisdiction to decide the dispute, one must consider both the legislation conferring jurisdiction to the CAS and the nature of the dispute, taken in its factual context and viewed in its essential nature rather than formalistically. Where legislation confers exclusive jurisdiction, one must go on to determine over what the jurisdiction is exclusive. This helps ensure that jurisdictional issues are decided in a manner that is consistent with the legislative regimes governing the parties and that the tribunal with the best fit with the dispute will have jurisdiction.

Charte, son règlement exige une connaissance approfondie des objectifs du régime législatif en question, ainsi que des contraintes pratiques liées à son application et des conséquences de la réparation proposée.

Les juges Binnie et Fish : L'article 21 de la Loi sur la CAS dispose clairement que la voie d'appel administratif prévue à l'intention des demandeurs insatisfaits de la décision du ministre de ne plus verser de prestations de sécurité du revenu ne fait pas double emploi avec la compétence d'un autre tribunal, ni le lui est concomitante, la compétence de la CAS étant exclusive. Il est vrai que le litige peut également être considéré comme une allégation, fondée sur les droits de la personne, concernant la validité d'un aspect d'un régime législatif, mais la question de la validité au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne* relève également de la compétence de la CAS. La plaignante ne peut se soustraire à la volonté manifeste du législateur québécois en omettant de demander la révision de la décision ou en s'abstenant d'exercer son droit d'appel administratif. Les facteurs juridiques militant en faveur de la compétence de la Commission dans *Morin* ne s'appliquent pas en l'espèce. Premièrement, il ne fait aucun doute que la demande de la plaignante est régie par la *Loi sur la sécurité du revenu* et que la CAS a compétence à son égard, notamment pour ce qui est des arguments fondés sur la *Charte*. Deuxièmement, la plaignante ne serait pas représentée par un syndicat dont les intérêts paraissent opposés aux siens. Troisièmement, la CAS a compétence à l'égard de toutes les parties à la plainte concernant la décision de mettre fin au versement des prestations. Quatrièmement, même si le litige peut toucher de nombreuses autres personnes, ce qui est généralement le propre des recours relatifs aux droits de la personne, c'est un facteur que le législateur québécois a forcément pris en considération lorsqu'il a attribué à la CAS une compétence exclusive, y compris le pouvoir de statuer sur des questions relatives aux droits de la personne (sous réserve d'un contrôle judiciaire).

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci et Major (dissidents) : Afin de déterminer si le Tribunal des droits de la personne a compétence pour statuer sur le litige, il faut examiner les dispositions législatives attribuant compétence à la CAS, de même que la nature du litige, considéré dans son contexte factuel et sous l'angle de sa nature essentielle plutôt que d'un point de vue formaliste. Lorsqu'une disposition législative confère une compétence exclusive, il faut déterminer l'objet de cette exclusivité. Cette démarche contribue à faire en sorte que les questions de compétence soient tranchées d'une manière conforme au régime législatif régissant les parties et que le tribunal présentant la plus grande adéquation avec le litige ait compétence.

Here, the legislature has granted the CAS exclusive jurisdiction to deal with disputes concerning ministerial decisions to discontinue a person's benefits under the *Income Security Act* and, in exercising its jurisdiction, the CAS has the authority to interpret and apply the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Viewed in its essential nature, however, the dispute is about discrimination on the ground of pregnancy; it is not an appeal from a ministerial ruling on security benefits. Notwithstanding the broad grant of exclusive jurisdiction to the CAS, the *Income Security Act* does not give the CAS exclusive jurisdiction over a dispute that, viewed in its full factual matrix, is essentially a human rights claim about the validity of a law that affects the complainant and many others in her situation. The Tribunal is thus entitled to exercise jurisdiction over the claim under its governing legislation since the complainant has not pursued any other remedy. Lastly, the Tribunal seems to be the "best fit" for the dispute.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; **referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854.

By Binnie J.

Applied: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; **referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General), [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Weber v. Ontario*

En l'espèce, le législateur a accordé à la CAS le pouvoir exclusif de statuer sur tout litige relatif à la décision du ministre de cesser de verser des prestations à une personne sous le régime de la *Loi sur la sécurité du revenu* et, dans l'exercice de sa compétence, la CAS a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte des droits et libertés de la personne*. Considéré sous l'angle de sa nature essentielle, toutefois, le litige a pour objet la discrimination fondée sur la grossesse; il ne constitue pas un appel d'une décision du ministre relative à des prestations de sécurité du revenu. Malgré le caractère général de l'attribution d'une compétence exclusive à la CAS, la *Loi sur la sécurité du revenu* n'attribue pas compétence exclusive à la CAS à l'égard d'un litige qui, vu l'ensemble des faits, constitue essentiellement une plainte en matière de droits de la personne mettant en cause la validité d'une loi touchant la plaignante et de nombreuses autres femmes dans la même situation. La plaignante n'ayant exercé aucun autre recours, le Tribunal est admis à connaître de la demande en vertu de la loi applicable. Qui plus est, le Tribunal semble présenter la plus grande adéquation avec le litige.

Jurisprudence

Cité par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; **arrêts mentionnés :** *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704.

Cité par la juge en chef McLachlin (dissidente)

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général), [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Weber c. Ontario*

Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929; *Brunet v. Commission des affaires sociales*, [1993] R.J.Q. 443.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting income security, R.S.Q., c. S-3.1.1, ss. 76, 78, 81.

Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, ss. 21, 23.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12, 49, 77(2), (4), 80.

Authors Cited

Garant, Patrice, et autres. *La Commission des affaires sociales: Tribunal administratif d'appel*. Québec: Faculté de droit, Université Laval, 1979.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 583, 44 C.H.R.R. D/335, [2002] Q.J. No. 369 (QL), reversing a judgment of the Superior Court, [2000] Q.J. No. 5646 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Béatrice Vizkelety and Christian Baillargeon, for the appellant.

Mario Normandin and Patrice Claude, for the respondent.

Georges Marceau, for the interveners.

The reasons of McLachlin C.J. and Iacobucci and Major JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

A. Introduction

The issue here, as in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 (“*Morin*”), is whether the Quebec Human Rights Tribunal is deprived of jurisdiction to decide an issue of alleged discrimination, on the ground that the legislature has conferred exclusive jurisdiction on a different tribunal, in this case the Commission des affaires sociales (“CAS”).

Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929; *Brunet c. Commission des affaires sociales*, [1993] R.J.Q. 443.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12, 49, 77(2), (4), 80.

Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 21, 23.

Loi sur la sécurité du revenu, L.R.Q., ch. S-3.1.1, art. 76, 78, 81.

Doctrine citée

Garant, Patrice, et autres. *La Commission des affaires sociales: Tribunal administratif d'appel*. Québec: Faculté de droit, Université Laval, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 583, 44 C.H.R.R. D/335, [2002] J.Q. n° 369 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [2000] J.Q. n° 5646 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Béatrice Vizkelety et Christian Baillargeon, pour l'appelante.

Mario Normandin et Patrice Claude, pour l'intimé.

Georges Marceau, pour les intervenants.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci et Major rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

A. Introduction

Comme dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 («*Morin*»), rendu simultanément, la question en litige est celle de savoir si le Tribunal des droits de la personne du Québec est dépouillé de son pouvoir de statuer sur une allégation de discrimination du fait que le législateur a conféré une compétence exclusive à un autre tribunal, en l'occurrence la Commission des affaires sociales («CAS»).

2 The complainant worked in a law office earning \$22,000 a year. As such, she was entitled to participate in a government program called APPORT under the *Act respecting income security*, R.S.Q., ch. S-3.1.1 (“*Income Security Act*”). The APPORT program provided social assistance benefits to low income families with children where at least one adult was receiving income from employment in the labour force. The complainant became pregnant. She was told that when she left work on maternity leave, she would not receive these benefits because the employment insurance benefits she would receive while on maternity leave were not income from employment.

3 Although entitled to do so, the complainant did not appeal this decision to the CAS. Instead, she filed a complaint with Quebec’s Human Rights Commission alleging discrimination on the basis of sex and pregnancy contrary to ss. 10 and 12 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., ch. C-12. The Commission investigated and proposed changes to the scheme, which the responsible Minister rejected. The Commission then referred the complaint to the Human Rights Tribunal. The Attorney General of Quebec filed a motion that the Human Rights Tribunal decline jurisdiction on the ground that the CAS possessed exclusive jurisdiction over the dispute. The Human Rights Tribunal rejected the motion. The Superior Court rejected the Attorney General’s motions for judicial review and suspension of the Tribunal proceedings ([2000] Q.J. No. 5646 (QL)). The Court of Appeal reversed these orders, holding that the Human Rights Tribunal had no jurisdiction over the dispute and that the complainant’s only remedy was an appeal to the CAS ([2002] R.J.Q. 583).

4 As in *Morin*, the facts giving rise to the dispute had an importance beyond the individual claim and could be seen as representative of the complaint of a large number of individuals like Ms. Charette about a disadvantageous measure which, in their view, did not comply with the *Quebec Charter*.

B. Analysis

5 Is the jurisdiction of the Quebec Human Rights Tribunal to decide this dispute ousted because the

La plaignante travaillait pour un cabinet d’avocats et touchait un salaire annuel de 22 000 \$. Elle était donc admissible au programme gouvernemental APPORT en vertu de la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q., ch. S-3.1.1. Ce programme prévoyait le versement de prestations d’aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge et dont au moins un adulte touchait un revenu d’emploi. La plaignante est tombée enceinte. On l’a avisée qu’elle ne toucherait pas ces prestations pendant son congé de maternité, puisque ses prestations d’assurance-emploi ne constitueraient pas un revenu d’emploi.

La plaignante n’a pas exercé son droit d’interjeter appel de cette décision devant la CAS. Elle a plutôt porté plainte devant la Commission des droits de la personne du Québec, alléguant avoir fait l’objet de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse en contravention des art. 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. La Commission a fait enquête et proposé des modifications au régime que le ministre responsable a rejetées. La Commission a ensuite soumis la plainte au Tribunal des droits de la personne. Par voie de requête, le procureur général du Québec a demandé au Tribunal de décliner compétence au motif que la CAS avait compétence exclusive à l’égard du litige. Le Tribunal l’a débouté. La Cour supérieure a également rejeté ses demandes de contrôle judiciaire et de suspension de l’instance devant le Tribunal ([2000] J.Q. n° 5646 (QL)). La Cour d’appel a infirmé ces ordonnances et statué que le Tribunal ne pouvait connaître du litige et que le seul recours de la plaignante était l’appel devant la CAS ([2002] R.J.Q. 583).

Comme dans *Morin*, les faits à l’origine du litige transcendaient la plainte individuelle et pouvaient être considérés représentatifs de la situation d’un grand nombre de personnes ayant fait l’objet, comme M^{me} Charette, d’une mesure défavorable qu’elles jugeaient contraire à la *Charte québécoise*.

B. Analyse

Le Tribunal des droits de la personne du Québec est-il dépouillé de son pouvoir de trancher le litige

legislature conferred exclusive jurisdiction on the CAS?

To answer this question we must consider the legislation conferring jurisdiction on the CAS and apply it to the dispute at issue. As discussed in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *Morin*, there are three possibilities. The legislature may permit different tribunals to exercise “concurrent” jurisdiction. It may require different tribunals to decide different aspects of a decision, an “overlapping” jurisdiction model. Finally, it may confer exclusive jurisdiction on a particular tribunal, with the result that only that tribunal can decide the issue.

Merely looking at the legislation cannot tell us which of these three models the legislature chose. Even if the legislation uses the word “exclusive” in describing a tribunal’s jurisdiction, a further question arises: exclusive over what? For this reason, one must consider both the legislation and the nature of the dispute, taken in its factual context and viewed in its essential nature rather than formalistically. As discussed in *Morin*, this helps ensure two things: first, that jurisdictional issues are decided in a manner that is consistent with the legislative regimes governing the parties; and second, that the tribunal with the best fit with the dispute will have jurisdiction.

Turning first to the legislation, the legislature has granted the CAS (and now the Administrative Tribunal of Quebec — the ATQ), jurisdiction under the *Income Security Act* and the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., ch. C-34, to deal with disputes concerning ministerial decisions to discontinue a person’s benefits under the *Income Security Act*. Section 76 of the *Income Security Act* provides that “[e]very person affected by a decision of the Minister . . . may, in writing, apply for a review of the decision and present observations within 90 days from the date of notice of the decision.” Under s. 78, the person may contest a decision before the CAS if

parce que le législateur a attribué compétence exclusive à la CAS?

Pour répondre à la question, il nous faut examiner les dispositions législatives attribuant compétence à la CAS et les appliquer au litige en cause. Comme il est mentionné dans les arrêts *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Morin*, il y a trois possibilités. Le législateur peut autoriser différents tribunaux à exercer une compétence « concurrente ». Il peut confier à différents tribunaux le mandat de statuer sur différents volets d’une décision; il y a alors « chevauchement » de compétence. Enfin, il peut attribuer une compétence exclusive à un tribunal en particulier, auquel cas seul ce dernier peut trancher.

Le simple examen des dispositions législatives ne saurait révéler lequel de ces trois modèles le législateur a retenu. Même si l’adjectif « exclusive » y est employé pour qualifier la compétence d’un tribunal, une autre question se pose : quel est l’objet de cette exclusivité? Il faut donc se pencher à la fois sur les dispositions législatives et sur la nature du litige, considéré dans son contexte factuel et sous l’angle de sa nature essentielle plutôt que d’un point de vue formaliste. Comme je l’indique dans *Morin*, cette démarche contribue à faire en sorte, premièrement, que les questions de compétence soient tranchées d’une manière conforme au régime législatif régissant les parties et, deuxièmement, que le tribunal présentant la plus grande adéquation avec le litige ait compétence.

Tout d’abord, en ce qui concerne les dispositions applicables, le législateur a accordé à la CAS (désormais le Tribunal administratif du Québec — le TAQ), dans la *Loi sur la sécurité du revenu* et la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., ch. C-34 (la « Loi sur la CAS »), le pouvoir de statuer sur tout litige relatif à la décision du ministre de cesser de verser des prestations à une personne sous le régime de la *Loi sur la sécurité du revenu*. L’article 76 de celle-ci dispose : « Toute personne visée par une décision du ministre . . . peut par écrit, dans les 90 jours de la date à laquelle [elle] en a été avisée, en demander la révision et présenter ses observations. » L’article

6

7

8

the application was “refused on the ground that it was received after the time prescribed”. As for s. 81 of the Act, if the claimant considers himself or herself “wronged by a reviewed decision . . . [the claimant] may contest the decision before the Administrative Tribunal of Québec within 60 days of notification”. At the CAS, the emphasis is on the quick and efficacious resolution of disputes arising from administrative decisions made under specific provincial legislation or regulations; see s. 21 of the CAS Act. To this end, the CAS’s procedures are more informal than those of the traditional justice system; see P. Garant et al., *La Commission des affaires sociales: Tribunal administratif d’appel* (1979), at pp. 103-4.

78 prévoit qu’une personne peut contester une décision devant la CAS lorsque sa demande a été « refusée pour le motif qu’elle est parvenue après le délai ». Suivant l’article 81 de la même loi, la personne qui se croit « lésée par une décision en révision peut la contester devant le Tribunal administratif du Québec dans les 60 jours de sa notification ». La CAS met l’accent sur le règlement rapide et efficace des litiges découlant de décisions administratives rendues sur le fondement de lois ou de règlements provinciaux précis : voir l’art. 21 de la Loi sur la CAS. C’est pourquoi la procédure est plus informelle devant la CAS que devant les tribunaux traditionnels : voir P. Garant et autres, *La Commission des affaires sociales : Tribunal administratif d’appel* (1979), p. 103-104.

9 The Act respecting the Commission des affaires sociales provides at s. 21 that the administrative appeal route for dissatisfied claimants is not overlapping or concurrent with the courts or other tribunals, but is exclusive to the CAS:

The object of the Commission [now the ATQ] is to hear, to the exclusion of every other commission, tribunal, board or body, except as regards the requests contemplated in paragraph *d* of this section:

(a) the appeals brought under section 78 or section 81 of the Act respecting income security . . . [Emphasis added.]

La Loi sur la CAS prévoit à l’art. 21 que la voie d’appel administratif offerte aux prestataires insatisfaits ne chevauche pas leurs voies de recours devant les cours de justice ou les autres tribunaux administratifs ni ne leur est concurrente, car la compétence de la CAS est exclusive :

La Commission [désormais le TAQ] a pour fonction d’entendre, exclusivement à toute autre commission, tribunal, régie ou organisme, à l’exception des requêtes visées dans le paragraphe *d* du présent article :

a) les appels interjetés en vertu de l’article 78 ou de l’article 81 de la Loi sur la sécurité du revenu . . . [Je souligne.]

10 In exercising its jurisdiction, the CAS has the authority to interpret and apply the Quebec Charter: see s. 23 of the CAS Act. This said, the CAS does not possess any particular expertise in dealing with human rights issues. The Quebec Court of Appeal explained the limited expertise of the CAS as follows in *Brunet v. Commission des affaires sociales*, [1993] R.J.Q. 443, at p. 450, per Baudouin J.A.:

[TRANSLATION] [T]he Commission des affaires sociales is truly a specialized and technical tribunal. Even though it has jurisdiction with respect to several statutes, it possesses a specialized expertise and vocation: it sits, for example, in specialized divisions and its assessors are specifically designated. [Emphasis added.]

Although the CAS does not have any particular expertise over human rights matters, s. 23 of the

Dans l’exercice de sa compétence, la CAS a le pouvoir d’interpréter et d’appliquer la *Charte québécoise* : voir l’art. 23 de la Loi sur la CAS. Cela dit, elle n’a pas d’expertise particulière en matière de droits de la personne. La Cour d’appel du Québec a défini comme suit l’expertise limitée de la CAS dans *Brunet c. Commission des affaires sociales*, [1993] R.J.Q. 443, p. 450, le juge Baudouin :

[L]a Commission des affaires sociales est bel et bien un tribunal spécialisé et technique. Même si elle a compétence à l’endroit de plusieurs lois, elle possède une expertise et une vocation particularisée : elle siège, par exemple, en divisions spécialisées et ses assesseurs sont désignés de façon spécifique. [Je souligne.]

Bien que la CAS n’ait pas d’expertise particulière en matière de droits de la personne, l’art. 23 de la Loi

CAS Act provides that “its decisions shall be final and without appeal”.

Where legislation confers exclusive jurisdiction, one must go on to determine its scope. “Exclusive over what?” remains the question. This brings us to how this legislation applies to the dispute here. The essential question is this: Is the dispute, viewed in its factual matrix and not formalistically, an “appeal[] brought under section 78 or section 81 of the Act respecting income security . . .” and thus within the exclusive jurisdiction of the CAS? Looking at the facts of the dispute, one must determine whether the dispute falls within the legislative scheme.

If the nature of the dispute is viewed formalistically, it is possible to say that this is a dispute about “income security”. But the majority decision in *Weber*, as discussed, proscribes a formalistic characterization of the dispute. It demands that we look at the dispute in its full factual context and seize its essence.

Here the facts are that Ms. Charette was employed. Because of her low salary (\$22,000 a year) she was entitled to an income supplement under the APPORT scheme. Her salary plus the APPORT benefits provided her with her living.

Then things changed. Ms. Charette became pregnant. She had to leave her job and take maternity leave. That itself posed no problem, since she was entitled to employment insurance benefits in place of her salary. However, the APPORT portion of her income was stopped. Ms. Charette was told that while APPORT benefits were available to supplement earned income from employment, they were not available to supplement employment insurance benefits. Ms. Charette was faced with a net reduction in her income, simply because she had become pregnant and was relying on employment insurance benefits instead of income from employment.

Ms. Charette contends that the Regulations of the APPORT scheme that lead to this result discriminate against her and other pregnant women in her

sur la CAS précise que « ses décisions sont finales et sans appel ».

Lorsqu’une disposition législative confère une compétence exclusive, il faut en déterminer la portée. La question demeure : quel est l’objet de cette exclusivité? Ce qui nous amène à la manière dont la disposition législative en cause s’applique au litige visé en l’espèce. Essentiellement, il faut se demander si, considéré dans son contexte factuel et d’un point de vue non formaliste, le litige constitue — un « appel[] interjet[é] en vertu de l’article 78 ou de l’article 81 de la Loi sur la sécurité du revenu . . . » et ressortit de ce fait exclusivement à la CAS. Au vu des faits de l’espèce, la disposition législative s’applique-t-elle au litige?

Si l’on considère le litige de manière formaliste, l’on peut avancer qu’il porte sur la « sécurité du revenu ». Or, dans *Weber*, comme je l’ai mentionné, les juges majoritaires ont écarté la qualification formaliste du litige. Cet arrêt commande que nous examinions le litige en tenant compte de tous les faits et que nous en saisissons l’essence.

Dans la présente affaire, M^{me} Charette avait un emploi. En raison de son faible salaire annuel (22 000 \$), elle touchait un supplément de revenu en application du programme APPORT. Son salaire et les prestations en cause lui permettaient d’assurer sa subsistance.

Puis la situation a changé. M^{me} Charette est tombée enceinte. Elle a dû quitter son emploi et prendre un congé de maternité. Cela ne posait en soi aucun problème, puisqu’elle avait droit à des prestations d’assurance-emploi. Elle a cependant été privée de la portion de son revenu attribuable au programme APPORT. On lui a dit que seul le revenu tiré d’un emploi, à l’exclusion des prestations d’assurance-emploi, ouvrait droit au supplément de revenu. M^{me} Charette subissait ainsi une diminution nette de son revenu pour la seule raison qu’elle était enceinte et touchait des prestations d’assurance-emploi au lieu d’un revenu d’emploi.

M^{me} Charette soutient que le règlement d’application du programme APPORT est discriminatoire à son endroit et envers les autres femmes

11

12

13

14

15

situation, in violation of the Quebec *Charter*. She sought an order that the Regulations are invalid on this basis. Accordingly, she went to the forum which the legislature had established for investigating discrimination claims — the Human Rights Commission. The Commission, in turn, filed the claim before the Human Rights Tribunal — the forum established by the legislature to hear discrimination claims under the Quebec *Charter*.

enceintes dans la même situation, en contravention de la *Charte québécoise*. Elle a demandé l'invalidation du règlement pour ce motif. Elle s'est donc adressée à l'instance que le législateur avait mise sur pied pour enquêter sur les plaintes de discrimination — la Commission des droits de la personne. Cette dernière a ensuite saisi le Tribunal des droits de la personne, établi par le législateur pour entendre les allégations de discrimination fondées sur la *Charte québécoise*.

16 The Attorney General contends this is simply a claim for benefits under the *Income Security Act*. The Commission, by contrast, sees the dispute as essentially a discrimination claim. The question is which view captures the essence of the dispute? In my view, the Commission's characterization is more accurate. The Attorney General's characterization of the dispute diminishes Ms. Charette's claim. First, it eliminates the essence of the claim — the allegation that the *Income Security Act* and the APPORT scheme it creates violate the equality rights guaranteed by the Quebec *Charter*. Second, it removes the collective aspect of the complaint. Ms. Charette is seeking a declaration that the program itself is discriminatory and that this violates not only her rights but those of all pregnant women treated as she was. Thirdly, the Attorney General's characterization of Ms. Charette's complaint diminishes its significance. It treats the complaint as if it were an issue of the improper application of the law, instead of an issue of the validity of the law itself.

Le procureur général soutient que le litige porte simplement sur une demande de prestations sous le régime de la *Loi sur la sécurité du revenu*. À l'opposé, la Commission voit essentiellement dans le litige une plainte de discrimination. La question est de savoir laquelle de ces perceptions correspond à l'essence du litige. À mon avis, le point de vue de la Commission est plus juste. La qualification du litige par le procureur général minimise le recours exercé par M^{me} Charette. Premièrement, elle en supprime l'essence — l'allégation selon laquelle la *Loi sur la sécurité du revenu* et le programme APPORT établi sous son régime portent atteinte aux droits à l'égalité garantis par la *Charte québécoise*. Deuxièmement, elle nie l'aspect collectif de la plainte. M^{me} Charette sollicite un jugement déclaratoire portant que le programme est en soi discriminatoire et contrevient de ce fait non seulement à ses droits, mais également à ceux des femmes enceintes faisant l'objet du même traitement. Troisièmement, la qualification du procureur général restreint la portée de la plainte de M^{me} Charette, comme s'il s'agissait d'une question d'application irrégulière de la loi, et non de validité de la loi elle-même.

17 Here, as in *Morin*, the parties are in essential agreement about the interpretation and application of the relevant legal scheme. No one suggests that the APPORT scheme was misinterpreted or misapplied in the case of Ms. Charette. Under this scheme, she was not entitled to social assistance benefits if she was not earning income from employment — something she would not be doing while on maternity leave. As in *Morin*, the real dispute is about the validity of the scheme, not about its application.

En l'espèce, comme dans *Morin*, les parties s'entendent essentiellement sur l'interprétation et l'application du régime législatif en cause. Aucune ne prétend que les dispositions relatives au programme APPORT ont été mal interprétées ou mal appliquées. Dans le cadre de ce programme, M^{me} Charette n'avait droit à des prestations d'aide sociale que si elle touchait un revenu d'emploi — ce qui n'allait pas être le cas pendant son congé de maternité. Comme dans *Morin*, le litige porte en fait sur la validité du régime législatif, et non sur son application.

I conclude that this dispute, viewed in its essential nature, is about discrimination on the ground of pregnancy, an established head of gender discrimination. Viewed in its essential nature, the dispute is not an appeal from a ministerial ruling on security benefits over which the legislature intended the CAS to have exclusive jurisdiction, notwithstanding the broad grant of exclusive jurisdiction to the CAS. While the dispute over jurisdiction is arguable, here, as in *Morin*, the legislation and the dispute, viewed in their full context, lead me to conclude that the Human Rights Tribunal has jurisdiction. The *Income Security Act* does not give the CAS exclusive jurisdiction over a dispute that, viewed in its full factual matrix, is essentially a human rights claim about the validity of a law that affects Ms. Charette and many others in her situation.

The Human Rights Commission and the Human Rights Tribunal were created by the legislature to resolve precisely this type of issue. These bodies were created by the legislature to promote equality, combat discrimination and provide remedies for individuals who have been treated unfairly. The complaint was brought by Ms. Charette to the Commission, which chose, ultimately, to file a claim before the Human Rights Tribunal. The Tribunal was entitled to exercise jurisdiction over it. In choosing not to decline jurisdiction, the Tribunal must have been satisfied that Ms. Charette had not personally pursued one of the remedies provided for in ss. 49 or 80 of the *Quebec Charter*; see s. 77(2) of the *Quebec Charter*. If Ms. Charette had chosen to pursue an alternative remedy, such as an appeal before the CAS, the Tribunal might have chosen to decline jurisdiction, as a matter of discretion; see s. 77(4) of the *Quebec Charter*. But, Ms. Charette had not pursued any other remedy and thus the Commission was entitled to file the complaint before the Human Rights Tribunal. For these same reasons, the Tribunal was entitled to exercise its jurisdiction over the claim under the governing legislation.

J'arrive à la conclusion que le litige, considéré sous l'angle de sa nature essentielle, a pour objet la discrimination fondée sur la grossesse, un motif reconnu de distinction fondée sur le sexe. Considéré sous l'angle de sa nature essentielle, le litige ne constitue pas un appel d'une décision du ministre relative à des prestations de sécurité du revenu, à l'égard duquel le législateur a voulu conférer une compétence exclusive à la CAS, et ce, malgré le caractère général de l'attribution d'une compétence exclusive à cette dernière. Même si la question de la compétence peut être débattue, en l'espèce comme dans *Morin*, les dispositions législatives en cause et le litige, compte tenu de tout le contexte, m'amènent à conclure que le Tribunal des droits de la personne a compétence. La *Loi sur la sécurité du revenu* n'attribue pas compétence exclusive à la CAS à l'égard d'un litige qui, vu l'ensemble des faits, constitue essentiellement une plainte en matière de droits de la personne mettant en cause la validité d'une loi touchant M^{me} Charette et de nombreuses autres femmes dans la même situation.

C'est précisément pour qu'ils tranchent ce genre de question que le législateur a créé la Commission des droits de la personne et le Tribunal des droits de la personne. Leur mission consiste à promouvoir l'égalité, à combattre la discrimination et à accorder réparation à toute personne traitée injustement. M^{me} Charette a présenté sa plainte à la Commission, qui a finalement décidé d'en saisir le Tribunal. Ce dernier pouvait exercer sa compétence à l'égard du litige. Pour refuser de décliner compétence, le Tribunal devait avoir l'assurance que M^{me} Charette n'avait pas exercé personnellement l'un des recours prévus aux art. 49 ou 80 de la *Charte québécoise*; voir le par. 77(2) de la *Charte québécoise*. Si M^{me} Charette avait exercé un autre recours, comme l'appel devant la CAS, le Tribunal aurait pu refuser d'agir, à son gré; voir le par. 77(4) de la *Charte québécoise*. Or, M^{me} Charette n'avait exercé aucun autre recours, de sorte que la Commission pouvait saisir le Tribunal de la plainte. Pour les mêmes raisons, ce dernier était admis à connaître de la demande en vertu de la loi applicable.

20 I add that, as in *Morin*, the Human Rights Tribunal seems to be the “best fit” for this dispute. Moreover, in investigating the dispute and determining whether the Regulations are discriminatory and hence invalid, the Tribunal will not be duplicating the work of the Minister and the CAS, whose basic task is to apply the existing law and regulations in a fair manner.

C. Conclusion

21 I would allow the appeal and reinstate the order of the Tribunal dismissing the respondent’s motion to decline to hear the case because the Tribunal lacked jurisdiction over the dispute.

English version of the reasons of Bastarache and Arbour JJ. delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

22 This case, like *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 (“*Morin*”), concerns the manner of determining the essential character of a dispute between two parties when, at first glance, there appear to be two administrative bodies that could claim jurisdiction over the matter, but one of the bodies has an exclusivity clause in its enabling statute. The Chief Justice concludes that a distinction must be made between the way the program Ms. Charette was excluded from is applied and the potentially discriminatory nature of the program itself. In her opinion, the essential character of the dispute is not a question of whether the refusal to accept Ms. Charette’s claim under the program was justified or not; it is rather an issue of the validity of one aspect of the applicable statutory regime. Following this approach, the exclusivity clause would be of no effect.

23 I am of the opinion that such an approach, which would set aside the exclusivity clause because the refusal to grant the benefits claimed is an infringement of Ms. Charette’s human rights, is tantamount to saying that the legal characterization of the claim should prevail over the facts giving rise to the

J’ajoute que, comme dans *Morin*, le Tribunal semble présenter la plus grande adéquation avec le litige. De plus, l’enquête du Tribunal et sa décision sur la question de savoir si le règlement est discriminatoire et, de ce fait, invalide, ne feront pas double emploi avec le travail du ministre ou de la CAS, dont la tâche fondamentale consiste à appliquer équitablement la loi et le règlement existants.

C. Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance du Tribunal rejetant la requête dans laquelle l’intimé lui demandait de refuser d’entendre le litige pour défaut de compétence.

Les motifs des juges Bastarache et Arbour ont été rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

La présente espèce, comme l’affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 (« *Morin* »), porte sur la façon de préciser l’essence du litige qui oppose les parties lorsque deux organismes administratifs semblent à première vue avoir compétence, mais que la loi constitutive de l’un d’eux comporte une clause d’exclusivité. La Juge en chef arrive à la conclusion qu’il faut faire une distinction entre l’application du programme dont M^{me} Charette a été écartée et le fait que le programme lui-même puisse être considéré discriminatoire. Selon elle, en somme, l’essence du litige ne serait pas le bien-fondé du refus d’accéder ou non à la demande de M^{me} Charette, mais la validité d’un aspect du régime législatif applicable. Suivant cette approche, la clause d’exclusivité ne trouverait aucune application.

Je suis d’avis qu’une telle approche, qui écarte l’application de la clause d’exclusivité au motif que le refus d’accorder les prestations demandées est fondé sur une atteinte aux droits de la personne, revient à dire que c’est la qualification juridique de la demande qui doit être retenue plutôt que

dispute. The factual context was held to be the only applicable criterion in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14. In my view, a review of the factual context of the case at bar shows that the essential character of the dispute consists in deciding whether Ms. Charette qualifies for the Parental Wage Assistance (“PWA”) program, an issue that lies within the exclusive jurisdiction of the Commission des affaires sociales (“CAS”).

II. Analysis

In the case at bar, after leaving her employment to take maternity leave, Ms. Charette was refused benefits under the PWA program, as the employment insurance benefits she received while on leave were not considered employment income. Rather than apply to have the Minister’s refusal reviewed and then, if necessary, file an appeal with the CAS, she instead turned to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, which referred her complaint to the Human Rights Tribunal (“Tribunal”).

At paragraph 18 of her reasons, the Chief Justice concludes: “this dispute, viewed in its essential nature, is about discrimination on the ground of pregnancy”. As I said in *Morin, supra*, at para. 67, I do not think there is any legal justification for making a distinction between disputes that are based on human rights grounds and those that are not. In the case at bar, as in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, the legislature did not make such a distinction. On the contrary, the legislature stipulated in s. 21(a) of the *Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34 (“CAS Act”)* that the CAS is to hear, to the exclusion of every other entity, appeals brought under s. 78 or s. 81 of the *Act respecting income security, R.S.Q., c. S-3.1.1 (“Income Security Act”)*. No exception is made for cases involving human rights issues.

l’ensemble des faits qui ont donné lieu au litige. Pourtant, le critère du fondement factuel a été retenu comme le seul applicable dans les affaires *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14. À mon avis, l’examen du contexte factuel en l’espèce révèle que l’essence du litige est l’admissibilité de M^{me} Charette au programme APPORT, une question qui relève exclusivement de la compétence de la Commission des affaires sociales (« CAS »).

II. Analyse

Dans la présente instance, M^{me} Charette s’est vu refuser des prestations en vertu du programme APPORT lorsqu’elle a quitté son travail en raison d’un congé de maternité, les prestations d’assurance-emploi versées pendant son congé n’étant pas considérées comme un revenu d’emploi. Plutôt que de présenter une demande en révision du refus du ministre, puis, si nécessaire, de faire appel à la CAS, elle s’est tournée vers la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, qui a référé la plainte au Tribunal des droits de la personne (« TDP »).

La Juge en chef conclut au par. 18 de ses motifs : « le litige, considéré sous l’angle de sa nature essentielle, a pour objet la discrimination fondée sur la grossesse ». Comme je le dis dans *Morin*, précité, par. 67, il me semble n’y avoir aucune justification légale pour établir une distinction entre les litiges qui sont fondés sur un motif relevant des droits de la personne et ceux qui ne le sont pas. En l’espèce, tout comme dans l’affaire *Parry Sound (District), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, le législateur ne fait pas cette distinction. Au contraire, celui-ci prévoit au par. 21a) de la *Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34 (« LCAS »)*, que la CAS doit entendre de façon exclusive tous les appels interjetés en vertu de l’art. 78 ou de l’art. 81 de la *Loi sur la sécurité du revenu, L.R.Q., ch. S-3.1.1 (« LSR »)*. Il n’y a pas d’exception pour les affaires touchant aux droits de la personne.

24

25

26

Section 23 of the *CAS Act* effectively provides that the CAS “is empowered to decide any question of fact or of law” submitted to it, a power which necessarily includes the jurisdiction to interpret and apply the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. This provision is similar to s. 185(1) of Nova Scotia’s *Workers’ Compensation Act* which this Court had occasion to consider in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. In that case, an appeal of a decision concerning the constitutionality of s. 10B of the *Workers’ Compensation Act*, this Court confirmed the following legal rule, *per* Gonthier J. (at para. 3):

Administrative tribunals which have jurisdiction — whether explicit or implied — to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. This presumption may only be rebutted by showing that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal’s authority over questions of law.

Applying this rule to the present case, I believe that the CAS has been explicitly granted the power to decide questions of law arising out of the application of ss. 78 and 81 of the *Income Security Act*, this power being presumed to include the authority to declare the Minister’s decision to exclude Ms. Charette from the PWA program discriminatory and declare any provision of the *Income Security Act* contravening the *Charter* to be of no force or effect. To me, this would best reflect the legislature’s intent not to limit the effect of the exclusivity clause on the grounds that the refusal to grant benefits is motivated by discrimination forbidden under the *Charter*.

27

This Court has already established that an issue that involves the application of the *Charter* and that may raise policy concerns must not be analysed outside its factual context, in this case, the review and appeal process provided for under the *Income Security Act*: *Weber, supra*, at para. 60. We cannot ignore the legislative scheme in place nor the CAS’s expertise in matters concerning benefits under the *Income Security Act*. Even if a dispute raises a

En effet, l’art. 23 de la *LCAS* confère à la CAS « le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit » qui lui est soumise, ce qui inclut nécessairement la compétence pour interpréter et appliquer la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Cette disposition est semblable au par. 185(1) de la *Workers’ Compensation Act* de la Nouvelle-Écosse, qui a fait l’objet d’un examen par notre Cour dans *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54. Dans ce pourvoi, qui portait sur la constitutionnalité de l’art. 10B de la *Workers’ Compensation Act*, notre Cour confirmait la règle de droit suivante, sous la plume du juge Gonthier (par. 3) :

Les tribunaux administratifs ayant compétence — expresse ou implicite — pour trancher les questions de droit découlant de l’application d’une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l’intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l’égard des questions de droit.

Appliquant cette règle à la présente espèce, j’estime que la CAS est expressément investie du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l’application des art. 78 et 81 de la *LSR*, ce pouvoir étant présumé comprendre celui de déclarer discriminatoire la décision du ministre d’exclure M^{me} Charette du programme APPORT et de déclarer inopposable toute disposition de la *LSR* qui contreviendrait à la *Charte*. Cela me semble exprimer l’intention du législateur de ne pas réduire l’effet de la clause d’exclusivité au motif que le refus d’accorder une prestation découle d’une discrimination interdite par la *Charte*.

Notre Cour a déjà bien établi qu’une question faisant appel à l’application de la *Charte*, qui peut soulever des questions de principe, ne doit pas être analysée en dehors de son contexte factuel, soit en l’espèce le processus de révision et d’appel prévu par la *LSR* : *Weber*, précité, par. 60. Nous ne devons pas faire abstraction du régime législatif mis en place ou de l’expertise de la CAS en matière de prestations prévues par la *LSR*. Même si un litige soulève un

question of non-compliance with obligations under the *Charter*, the resolution of this dispute requires a thorough understanding of the objectives of the legislative scheme, as well as of the practical constraints related to its application and the consequences of the remedies proposed: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, *supra*, at para. 30.

Taking into account that the Tribunal does not have exclusive jurisdiction, setting aside the CAS's exclusivity clause amounts to saying that the CAS and the Tribunal have concurrent jurisdiction. Following this approach, Ms. Charette could, pursuant to ss. 49 and 80 of the *Charter*, bypass both tribunals and instead apply directly to the Superior Court. Yet in *Weber*, *supra*, this Court ruled that the exclusivity clause should be applied, allowing all aspects of the dispute arising out of the collective agreement to be submitted to the same arbitrator. As I explained in *Morin*, *supra*, the Quebec legislature gave the Tribunal non-exclusive powers and stipulated that administrative bodies not specializing in human rights nevertheless have a duty to enforce those rights in their decisions. Here, in contrast, the Chief Justice's approach does not support handling all aspects of a dispute between the provider and the beneficiary of a benefit in the same forum, the reason being that the essential character of the dispute touches on the validity of the program itself, and not the application of that program, even if the administrative tribunal is authorized to apply the *Charter* and to declare the provisions that violate the *Charter* to be of no force or effect. In my opinion, this does not foster the development of a general culture of respect for human rights throughout Quebec's entire administrative system. Such an approach had been favoured by McLachlin J., as she then was, in her dissenting opinion in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 70:

The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be

problème de non-conformité avec les obligations prévues dans la *Charte*, son règlement exige une connaissance approfondie des objectifs du régime législatif en question, ainsi que des contraintes pratiques liées à son application et des conséquences de la réparation proposée : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)*, précité, par. 30.

Écarter la clause d'exclusivité, en tenant compte du fait que le TDP n'a pas compétence exclusive, équivaldrait à dire que la CAS et le TDP ont une compétence concurrente. Suivant cette approche, il appert (des art. 49 et 80 de la *Charte*) que M^{me} Charette pourrait ignorer l'un et l'autre tribunal pour s'adresser, à la place, à la Cour supérieure. Pourtant, dans l'affaire *Weber*, précitée, notre Cour a décidé qu'il fallait appliquer la clause d'exclusivité pour permettre que tous les aspects du litige relevant de la convention collective soient soumis au même arbitre. Comme je l'explique dans *Morin*, précité, le législateur québécois a accordé un pouvoir non exclusif au TDP et prévu que les organismes administratifs non spécialisés dans le domaine ont néanmoins le devoir de veiller au respect des droits de la personne dans leurs décisions. Dans la présente affaire, *a contrario*, l'approche de la Juge en chef ne favorise pas le traitement de tous les aspects du litige opposant le dispensateur et le prestataire d'un avantage par une même instance, pour le motif que le fondement du litige a trait à la validité du programme lui-même et non à son application, et ce, même si le tribunal administratif est habilité à appliquer la *Charte* et à déclarer inopposables les dispositions qui y contreviennent. Cela ne me semble pas favoriser le développement d'une culture générale de respect des droits de la personne dans tout le système administratif du Québec. Une telle approche était pourtant préconisée par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, dans *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 70 :

La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces

meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals.

29 How can the exclusivity clause be set aside if the CAS has jurisdiction to apply the *Charter*? At paragraph 18 of her reasons, the Chief Justice says: “Viewed in its essential nature, the dispute is not an appeal from a ministerial ruling on security benefits over which the legislature intended the CAS to have exclusive jurisdiction, notwithstanding the broad grant of exclusive jurisdiction to the CAS”. In other words, she believes that Ms. Charette’s claim does not fall squarely within the exclusive jurisdiction of the CAS.

30 In light of the facts in this case, I cannot accept this interpretation. We should bear in mind that Ms. Charette made a claim for benefits under the PWA program in 1996, a year in which she earned \$22,000, that her claim was accepted, and that she received benefits throughout the year. Her benefits were suspended in 1997 when she went on maternity leave and was receiving employment insurance benefits in lieu of her salary. The notice of decision of March 14, 1997 indicated that the claimant had 90 days to apply for a review of the decision. However, Ms. Charette did not apply for a review, which would have given her the right to an appeal to the CAS within 60 days. Since Ms. Charette chose to bypass the appeal process under the *Income Security Act* and turn instead to the Tribunal, the Tribunal, if it had found in her favour on the merits, would have effectively made a ruling on the legality of the ministerial decision outside the scheme provided for under the *Income Security Act*. Making a specific order compelling the payment of benefits under the *Income Security Act* would, in this case, essentially have infringed on the integrity of the scheme in question in a significant way.

31 We must avoid taking an overly formalistic approach if we are to uncover the essential character of the dispute. The Chief Justice writes that this case does not concern an “appeal” within the meaning of s. 21(a) of the *CAS Act*, but one need only look at the

organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte . . .

Comment donc écarter la clause d’exclusivité si la CAS est compétente pour appliquer la *Charte*? La Juge en chef nous dit au par. 18 de ses motifs : « Considéré sous l’angle de sa nature essentielle, le litige ne constitue pas un appel d’une décision du ministre relative à des prestations de sécurité du revenu, à l’égard duquel le législateur a voulu conférer une compétence exclusive à la CAS, et ce, malgré le caractère général de l’attribution d’une compétence exclusive à cette dernière ». En d’autres mots, elle estime que la demande de M^{me} Charette ne s’inscrit pas proprement à l’intérieur de la compétence exclusive de la CAS.

Il me paraît impossible d’accepter cette interprétation à la lumière de la situation de fait. Rappelons d’abord que M^{me} Charette a fait une demande d’admissibilité au programme APPORT en 1996, alors qu’elle avait un revenu de 22 000 \$, qu’elle a été admise comme bénéficiaire et qu’elle a reçu des prestations tout au long de l’année. Les versements ont été interrompus en 1997 alors que M^{me} Charette était en congé de maternité et ne percevait plus de salaire, mais des prestations d’assurance-emploi. L’avis de décision du 14 mars 1997 indiquait que la prestataire disposait de 90 jours pour demander la révision de la décision. Cependant, M^{me} Charette n’a pas demandé de révision, ce qui lui aurait donné droit à un appel devant la CAS dans les 60 jours. Puisque M^{me} Charette a choisi d’ignorer la voie d’appel prévue dans la *LSR* pour se tourner vers le TDP, il s’ensuit que le TDP, s’il lui avait donné raison sur le fond, se serait effectivement prononcé sur la légalité de la décision du ministre en dehors du régime de la *LSR*. Ordonner spécifiquement le paiement de prestations sous le régime de la *LSR* aurait, en l’espèce, constitué une atteinte importante à l’intégrité du régime en question.

Il ne faut pas adopter une approche trop formaliste si l’on veut réellement découvrir l’essence du litige. La Juge en chef dit qu’il ne s’agit pas d’un « appel » au sens du par. 21(a) de la *LCAS*, mais il suffit d’examiner la demande introductive d’instance

application of July 28, 1999 to institute proceedings before the Tribunal to see that the application itself refers to the refusal [TRANSLATION] “to pay benefits under the PWA program” (appellant’s record, at p. 50, clause 3), asking that “ss. 46 and 48 of the *Act respecting income security* be declared invalid and of no force or effect with respect to Caroline Charette” and that Ms. Charette be awarded “the amount of \$1,088.64 for the benefits she would have received under the PWA program” (emphasis added). As mentioned in *Regina Police*, *supra*, the key issue in each case is whether the essential character of the dispute, in its factual context, arises either expressly or inferentially from a statutory scheme. In the case at bar, the legislature explicitly provided that the CAS has exclusive jurisdiction to hear disputes involving the payment of benefits under the *Income Security Act*.

There is every indication that this case concerns a cross-appeal and a request that the Tribunal rule on the legality of the *Income Security Act* scheme. To my mind, this by far oversteps the boundaries of the Tribunal’s role. In my opinion, the dispute, in its essence, concerns Ms. Charette’s eligibility for the PWA program, in light of the Minister’s decision not to consider employment insurance benefits as income. I do not think that the fact that the reasons for the refusal may apply to more than one person should have any bearing on the dispute’s essential character. For example, in *Weber*, *supra*, more than one employee could have been placed under surveillance. Similarly, in *Parry Sound*, *supra*, the incorporation of human rights provisions could have affected an entire class of employees.

Jurisdictional issues must be decided in accordance with the legislative scheme governing the parties. In the case at bar, the Quebec legislature did not give the Tribunal exclusive jurisdiction to decide human rights issues. The legislature’s intention to give the CAS exclusive jurisdiction is, however, explicit. I am therefore of the opinion that where there is a comprehensive administrative scheme, such as the one established by the *CAS Act* and the *Income Security Act*, that gives a specialized administrative body and that body alone the jurisdiction to apply and interpret that scheme, this

du 28 juillet 1999 devant le TDP : il y est question du refus de « verser des prestations du programme APPORT » (dossier de l’appelante, p. 50, clause 3), d’obtenir un jugement déclarant « invalides et inopérants, quant à madame Caroline Charette, les articles 46 et 48 de la *Loi sur la sécurité du revenu* » et le versement de « la somme de 1 088,64 \$ représentant le montant des prestations qu’elle aurait reçues en vertu du programme APPORT » (je souligne). Tel que mentionné dans l’affaire *Regina Police*, précitée, la question clé dans chaque cas est de savoir si l’essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. En l’espèce, le législateur a expressément prévu que les litiges portant sur le versement de prestations en vertu de la *LSR* sont assujettis à la compétence exclusive de la CAS.

Tout indique qu’il s’agit en l’espèce d’un appel incident et d’une invitation au TDP à se prononcer sur la légalité du régime de la *LSR*. Cela me semble largement dépasser le rôle du TDP. À mon avis, l’essence du litige, c’est l’admissibilité de M^{me} Charette au programme APPORT, eu égard à la décision du ministre de ne pas considérer comme un revenu une prestation d’assurance-emploi. Que le motif du refus soit applicable à plus d’une personne n’a, à mon avis, aucune incidence sur l’essence du litige. Par exemple, dans l’affaire *Weber*, précitée, il est évident que plus d’un employé aurait pu être sous surveillance. Également, dans *Parry Sound*, précité, il est évident que l’incorporation des dispositions en matière de droits de la personne aurait eu un impact sur toute une catégorie d’employés.

Les questions de compétence doivent être tranchées conformément au régime législatif régissant les parties. En l’espèce, le législateur québécois n’a pas conféré au TDP une compétence exclusive pour décider des questions touchant aux droits de la personne. Il a toutefois exprimé son intention à l’égard de la compétence exclusive de la CAS de façon manifeste. Je suis donc d’avis qu’en présence d’un régime administratif complet, tel que celui qui est établi par la *LCAS* et la *LSR*, et qui confère de façon exclusive à un organisme administratif spécialisé la compétence nécessaire pour l’appliquer et

administrative body will not lose its exclusive jurisdiction simply because a case raises a human rights issue or involves declaring a legislative provision to be of no force or effect.

III. Conclusion

34 As I believe the Quebec Court of Appeal was correct in deciding that the Human Rights Tribunal did not have jurisdiction *ratione materiae* to hear this dispute, I would dismiss the appeal, with costs.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

35 BINNIE J. — In this case, as in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 (“*Morin*”), released concurrently, the Court is required to examine two legislative schemes to determine which of the potential adjudicative bodies was intended by the legislature to resolve a dispute (in this case Ms. Charette’s claim to income security benefits), and if more than one body has a claim to adjudicative jurisdiction, how the potential conflict of jurisdictions is to be resolved. While I agree with the Chief Justice about the test to be applied, as set out in *Morin*, I believe that a judicial evaluation of the “essential nature” of the dispute should not trump a clear legislative direction to have claims for provincial income security benefits determined by the Commission des affaires sociales (“CAS”). To hold otherwise, with respect, is simply to substitute the Court’s procedural review preference for that laid down by the legislature.

36 Here the facts giving rise to the dispute were that Ms. Caroline Charette claimed some money under *An Act respecting income security*, R.S.Q., c. S-3.1.1 (“*Income Security Act*”). Her claim was rejected by the Minister. She says the program in question (APPORT) discriminates against women and, in particular, pregnant women, and that the

l’interpréter, le simple fait de soulever une question de droits fondamentaux ou d’inopposabilité d’une disposition législative ne fait pas perdre à cet organisme sa compétence exclusive.

III. Conclusion

Puisque j’estime que la Cour d’appel du Québec avait raison de décider que le Tribunal des droits de la personne n’avait pas compétence *ratione materiae* pour connaître du litige, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, comme dans l’arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 (« *Morin* »), rendu simultanément, notre Cour doit examiner deux régimes législatifs pour déterminer par laquelle des instances juridictionnelles susceptibles de connaître du litige le législateur a voulu que la demande soit tranchée (en l’occurrence, la demande de M^{me} Charette relative à des prestations de sécurité du revenu) et pour décider, advenant que plus d’une instance puisse prétendre avoir compétence, comment il convient de résoudre le conflit de compétences. Même si je partage l’avis de la Juge en chef quant au critère applicable, tel qu’il est énoncé dans *Morin*, je crois qu’une appréciation judiciaire de la « nature essentielle » du litige ne doit pas l’emporter sur l’intention manifeste du législateur que la Commission des affaires sociales (« CAS ») statue sur les demandes relatives au versement de prestations provinciales de sécurité du revenu. Conclure en sens contraire équivaut simplement à substituer notre préférence à celle exprimée par le législateur en ce qui concerne la procédure de révision.

Les faits ayant donné naissance au litige sont les suivants. M^{me} Caroline Charette a demandé des prestations de soutien du revenu sur le fondement de la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q., ch. S-3.1.1. Le ministre lui a opposé un refus. M^{me} Charette prétend que le programme en question (APPORT) est discriminatoire à l’endroit des femmes et, en

ministerial decision denying her income support benefits was contrary to ss. 10 and 12 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the “*Charter*”).

Both this case and *Morin* raise important *Charter* issues, but they do so in entirely different factual and legislative contexts, and it is that context, not the legal character of the alleged wrong, that is crucial to the allocation of jurisdiction: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 721. As the present Chief Justice wrote in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 49, “one must look not to the legal characterization of the wrong, but to the facts giving rise to the dispute”. Here the “wrong” can be characterized as the subject matter of a *Charter* complaint but the “facts giving rise to the dispute” are the Minister’s discontinuance of an income security benefit, and Ms. Charette’s claim to get it back under an administrative scheme that the legislature in plain words has channelled directly to the CAS (now the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”)).

The *Income Security Act* provides that “[e]very person affected by a decision of the Minister . . . may, in writing, apply for a review of the decision and present observations within 90 days from the date of notice of the decision” (s. 76), and, if the claimant considers himself or herself “wronged by a reviewed decision [the claimant] may contest the decision before the Administrative Tribunal of Québec within 60 days of notification” (s. 81 (emphasis added)). The word “may” in s. 81 does not give Ms. Charette an option to take her complaint elsewhere. It just means that she may, but is not required to, contest the Minister’s decision.

Ms. Charette clearly considered herself “wronged” by the Minister’s decision but, instead of seeking review and launching an administrative appeal, took her complaint to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Such a procedure is not compatible with the clearly

particulier, des femmes enceintes, et que le refus du ministre va à l’encontre des art. 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte* »).

Tant la présente affaire que *Morin* soulèvent d’importantes questions relatives à la *Charte*, mais elles le font dans des contextes factuel et législatif tout à fait différents, et c’est ce contexte, et non pas la qualification juridique du tort allégué, qui est crucial pour l’attribution de la compétence : *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 721. Dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 49, l’actuelle Juge en chef a écrit : « il faut s’attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige ». En l’espèce, le « tort » peut être qualifié d’atteinte à l’origine d’une plainte fondée sur la *Charte*, mais les « faits qui donnent naissance au litige » sont la décision du ministre de ne plus verser de prestations de sécurité du revenu et le recours de M^{me} Charette, pour toucher de nouveau ces prestations, à un appel administratif qui, selon l’intention manifeste du législateur, devait être interjeté directement à la CAS (désormais le Tribunal administratif du Québec (« TAQ »)).

La *Loi sur la sécurité du revenu* dispose que « [t]oute personne visée par une décision du ministre [. . .] peut par écrit, dans les 90 jours de la date à laquelle [elle] en a été avisée, en demander la révision et présenter ses observations » (art. 76) et, si elle se croit « lésée par une décision en révision [, elle] peut la contester devant le Tribunal administratif du Québec dans les 60 jours de sa notification » (art. 81 (je souligne)). Le verbe « peut » employé à l’art. 81 ne permet pas à M^{me} Charette de déposer sa plainte devant une autre instance. Il signifie seulement qu’elle a la faculté, mais non l’obligation, de contester la décision du ministre.

S’estimant de toute évidence « lésée » par la décision du ministre, M^{me} Charette n’a pas demandé sa révision ni formé un appel administratif mais saisi la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse d’une plainte. Cette démarche n’est pas compatible avec la volonté manifeste du

37

38

39

expressed intent of the Quebec legislature. In the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34, it is provided at s. 21 that the administrative appeal route for dissatisfied claimants is not overlapping or concurrent with the jurisdiction of the courts or other tribunals, but is exclusive to the ATQ:

The object of the Commission [now the ATQ] is to hear, to the exclusion of every other commission, tribunal, board or body, except as regards the requests contemplated in paragraph *d* of this section:

(a) the appeals brought under section 78 or section 81 of the Act respecting income security [Emphasis added.]

(Paragraph *d* has to do with access to health information and while the exception as such is irrelevant to these proceedings, it shows that where the legislature intended an exception to exclusivity, it said so.)

40

The Chief Justice writes that “[e]ven if the legislation uses the word ‘exclusive’ in describing a tribunal’s jurisdiction, a further question arises: exclusive over what?” (para. 7). In this case the answer to the further question is clear: exclusive over disagreements with the Minister’s decision to discontinue Ms. Charette’s supplemental income benefits.

41

While it is true, as the Chief Justice points out at para. 18, that the dispute can also be viewed as a human rights claim about the validity of an aspect of the legislative scheme, I do not think that Ms. Charette can sidestep the will of the Quebec legislature by failing to ask the Minister for reconsideration or failing to exercise her right of administrative appeal. The Chief Justice accepts that Ms. Charette was “entitled” (para. 3) to appeal the Minister’s decision to deny her benefits, i.e., that the CAS would have had the jurisdiction to hear the appeal, including the *Charter* challenge. If the CAS had jurisdiction in the circumstances of this case, it seems to me clear that such jurisdiction was intended to be exclusive. The Chief Justice outlines, at para. 16, a number of policy considerations favouring the Human Rights Tribunal as the adjudicative body

législateur québécois. L’article 21 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., ch. C-34, dispose que la voie d’appel administratif prévue à l’intention des demandeurs insatisfaits ne fait pas double emploi avec la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs, ni le lui est concomitante, car la compétence du TAQ est exclusive :

La Commission [désormais le TAQ] a pour fonction d’entendre, exclusivement à toute autre commission, tribunal, régie ou organisme, à l’exception des requêtes visées dans le paragraphe *d* du présent article :

a) les appels interjetés en vertu de l’article 78 ou de l’article 81 de la Loi sur la sécurité du revenu . . . [Je souligne.]

(L’alinéa *d* concerne l’accès au dossier médical et, bien qu’elle soit dénuée de pertinence dans le cadre du présent pourvoi, cette exception montre que le législateur a créé expressément une exception à la règle de l’exclusivité lorsque telle était sa volonté.)

La Juge en chef écrit au par. 7 de ses motifs que « [m]ême si l’adjectif “exclusive” y est employé [dans les dispositions législatives] pour qualifier la compétence d’un tribunal, une autre question se pose : quel est l’objet de cette exclusivité? » Dans la présente affaire, la réponse à cette autre question est claire : tout désaccord avec la décision du ministre de cesser de verser des prestations de soutien du revenu à M^{me} Charette.

Même s’il est vrai, comme le souligne la Juge en chef au par. 18 de ses motifs, que le litige peut également être considéré comme une allégation, fondée sur les droits de la personne, concernant la validité d’un aspect d’un régime législatif, je ne crois pas que M^{me} Charette puisse se soustraire à la volonté du législateur québécois en omettant de demander au ministre de réviser sa décision ou en s’abstenant d’exercer son droit d’appel administratif. La Juge en chef reconnaît au par. 3 de ses motifs que M^{me} Charette avait le « droit » d’interjeter appel de la décision du ministre de lui refuser des prestations, c’est-à-dire que la CAS aurait eu compétence pour statuer sur l’appel, y compris la contestation fondée sur la *Charte*. Si la CAS avait compétence dans les circonstances de l’espèce, il m’apparaît clairement que cette compétence devait être exclusive. Au

for the resolution of this dispute. With respect, that was a policy choice for the legislature to make and, having made it, it is for the courts to respect that choice.

The legal factors that favoured the jurisdiction of the Quebec Human Rights Tribunal in *Morin*, outlined by the Chief Justice at para. 27 of her reasons in that case, do not apply here. Firstly we held in *Morin* that “the nature of the question does not lend itself to characterization as a grievance under the collective agreement” (para. 27 (emphasis in original)). There is no doubt here that Ms. Charette’s claim is under the Income Security Act and the CAS is competent to deal with it. Secondly, Ms. Charette, unlike the situation in *Morin*, would not be represented by unions that were “on the face of it, opposed in interest to the complainants” (para. 28). Third, the CAS, unlike the labour arbitrator in *Morin*, has jurisdiction over all of the relevant parties to Ms. Charette’s complaint about discontinuance of her income supplement. Fourth, while the dispute here potentially affects many individuals other than Ms. Charette, as was the case in *Morin* and is a characteristic of *Charter* claims generally, this factor will always favour the Commission or a Human Rights Tribunal in turf wars with other branches of the provincial government. It is a factor which the Quebec legislature inevitably took into account when it gave exclusive jurisdiction over income security benefits to the CAS including the power to adjudicate *Charter* arguments (subject to judicial review by the ordinary courts).

In *Morin*, a majority of the Court decided that, while a labour arbitrator would have jurisdiction to deal with the complainants’ claims, such jurisdiction was not exclusive. In the present case, the Attorney

paragraphe 16 de ses motifs, la Juge en chef fait état d’un certain nombre de considérations de principe qui militent en faveur de la compétence du Tribunal des droits de la personne à l’égard du litige. À mon humble avis, il s’agit d’un choix politique qui appartenait au législateur et, ce dernier s’étant prononcé, les tribunaux doivent respecter sa décision.

Les facteurs juridiques militant en faveur de la compétence du Tribunal des droits de la personne dans *Morin*, énoncés par la Juge en chef au par. 27 de ses motifs dans cette affaire, ne s’appliquent pas en l’espèce. Premièrement, dans *Morin*, nous avons statué qu’il « est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l’objet d’un grief régi par la convention collective » (par. 27 (souligné dans l’original)). Il ne fait aucun doute, en l’espèce, que la demande de M^{me} Charette est régie par la *Loi sur la sécurité du revenu* et que la CAS a compétence à son égard. Deuxièmement, M^{me} Charette, contrairement aux plaignants dans *Morin*, ne serait pas représentée par un syndicat dont « [l’]intérêt paraissait opposé à celui des plaignants » (par. 28). Troisièmement, contrairement à l’arbitre en droit du travail dans *Morin*, la CAS avait compétence à l’égard de toutes les parties à la plainte de M^{me} Charette concernant la décision de mettre fin au versement des prestations. Quatrièmement, même si, en l’espèce, le litige pourrait toucher de nombreuses autres personnes — ce qui était le cas dans *Morin* et ce qui est le propre des recours relatifs aux droits de la personne en général — ce facteur favorisera toujours la Commission ou le Tribunal des droits de la personne dans les guerres intestines qui les opposent à d’autres organes de l’État provincial. C’est un facteur que le législateur québécois a forcément pris en considération lorsqu’il a attribué à la CAS une compétence exclusive en matière de prestations de sécurité du revenu, y compris le pouvoir de statuer sur des allégations relatives aux droits de la personne (sous réserve d’un contrôle judiciaire par une cour de justice).

Dans *Morin*, notre Cour a décidé à la majorité qu’un arbitre du travail pouvait connaître des demandes des plaignants, mais que sa compétence n’était pas exclusive. En l’espèce, le procureur

General of Quebec invokes the exclusive jurisdiction of the ATQ and, in my view, he is justified in doing so.

général du Québec invoque la compétence exclusive du TAQ et il le fait, selon moi, à juste titre.

44 The position of the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse in the particular circumstances of this case is the same as described by Estey J. in *St. Anne Nackawic*, *supra*, i.e., as “a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks” (p. 719).

La situation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans les circonstances particulières de l'espèce est identique à celle que décrit le juge Estey dans l'arrêt *St. Anne Nackawic*, précité : « une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches » (p. 719).

45 The appeal in this case should be dismissed with costs.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

APPENDIX

ANNEXE

Legislative Provisions:

Dispositions législatives :

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

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

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

12. No one may, through discrimination, refuse to make a juridical act concerning goods or services ordinarily offered to the public.

12. Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

An Act respecting income security, R.S.Q., ch. S-3.1.1

Loi sur la sécurité du revenu, L.R.Q., ch. S-3.1.1

76. Every person affected by a decision of the Minister . . . may, in writing, apply for a review of the decision and present observations within 90 days from the date of notice of the decision.

76. Toute personne visée par une décision du ministre [. . .] peut par écrit, dans les 90 jours de la date à laquelle la personne en a été avisée, en demander la révision et présenter ses observations.

78. An application for review cannot be refused on the ground that it was received after the time prescribed, where the applicant proves that he was unable to act earlier.

78. La demande de révision ne peut être refusée pour le motif qu'elle est parvenue après le délai lorsque le demandeur démontre qu'il a été dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

If an application is refused on the ground that it was received after the period prescribed, the decision may be contested before the Administrative Tribunal of Québec

Si elle est refusée pour ce motif, la décision peut être contestée devant le Tribunal administratif du Québec dans les 15 jours de la date à laquelle la personne en a été

within 15 days from the date on which the person was notified of the decision. If the Tribunal quashes the decision, the file shall be returned to the person or committee who or which rendered it.

81. Every person who believes he has been wronged by a reviewed decision may contest the decision before the Administrative Tribunal of Québec within 60 days of notification.

An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., ch. C-34

21. The object of the Commission is to hear, to the exclusion of every other commission, tribunal, board or body, except as regards the requests contemplated in paragraph *d* of this section:

(a) the appeals brought under section 78 or section 81 of the Act respecting income security

23. The Commission shall have all the powers necessary to exercise its jurisdiction and may in particular make any order it considers appropriate to safeguard the rights of the parties.

It is empowered to decide any question of fact or of law and its decisions shall be final and without appeal.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the interveners: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.

avisée. Si le Tribunal l'infirmé, le dossier est retourné à la personne ou au comité qui l'avait rendue.

81. Toute personne qui se croit lésée par une décision en révision peut la contester devant le Tribunal administratif du Québec dans les 60 jours de sa notification.

Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34

21. La Commission a pour fonction d'entendre, exclusivement à toute autre commission, tribunal, régie ou organisme, à l'exception des requêtes visées dans le paragraphe *d* du présent article :

a) les appels interjetés en vertu de l'article 78 ou de l'article 81 de la Loi sur la sécurité du revenu . . .

23. La Commission a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa juridiction et elle peut, notamment, rendre toute ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des parties.

Elle a le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit et ses décisions sont finales et sans appel.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intervenants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.

Pierre Rémillard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RÉMILLARD

Neutral citation: 2004 SCC 41.

File No.: 29833.

2004: June 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Admissibility — Sexual offences — Whether accused's statements admissible.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] Q.J. No. 7582 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Patrick Cozannet, for the appellant.

Carole Lebeuf and *Mario Longpré*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ THE CHIEF JUSTICE — We are all of the opinion that the appeal should be dismissed. The way the trial judge worded his reason for concluding that the appellant's statement was inadmissible shows that he confused the evidentiary rule relating to the admissibility of free and voluntary statements with the test for exclusion under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In so doing, he made an error in law that justifies the intervention of the Court of Appeal. The judgment of the Court of Appeal ordering a new trial is upheld.

Pierre Rémillard *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. RÉMILLARD

Référence neutre : 2004 CSC 41.

N° du greffe : 29833.

2004 : 18 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel — Les déclarations de l'accusé sont-elles inadmissibles?

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2003] J.Q. n° 7582 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittal de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Patrick Cozannet, pour l'appelant.

Carole Lebeuf et *Mario Longpré*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que l'appel doit être rejeté. En formulant comme il l'a fait le motif pour lequel il a conclu à l'irrecevabilité de la déclaration de l'appelant, le juge de première instance a confondu la règle de preuve relative à la recevabilité des aveux libres et volontaires et le critère d'exclusion du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a ainsi commis une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel. La décision de la Cour d'appel qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Patrick Cozannet, St-Lambert, Quebec.

Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Patrick Cozannet, St-Lambert, Québec.

Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général, Montréal.

**IN THE MATTER OF an application under
section 83.28 of the *Criminal Code***

**INDEXED AS: APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE
CRIMINAL CODE (RE)**

Neutral citation: 2004 SCC 42.

File No.: 29872.

2003: December 10, 11; 2004: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA
SUPREME COURT**

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Self-incrimination — Terrorism — Investigative hearings — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Constitutional law — Judicial independence — Impartiality — Investigation of terrorism offences — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes principles of judicial independence and impartiality — Constitution Act, 1867, Preamble — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Retrospectivity — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether provision for investigative hearings applicable to incidents that occurred prior to its enactment — Whether provision procedural in substance and effect — Whether presumption of immediate effect rebutted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Independence of Crown — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether independence of Crown counsel compromised by judicial

**DANS L'AFFAIRE d'une demande fondée
sur l'article 83.28 du *Code criminel***

**RÉPERTORIÉ : DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28
DU CODE CRIMINEL (RE)**

Référence neutre : 2004 CSC 42.

N^o du greffe : 29872.

2003 : 10, 11 décembre; 2004 : 23 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Terrorisme — Investigations — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Impartialité — Enquête relative à des infractions de terrorisme — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation viole-t-elle les principes de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Rétrospectivité — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — La disposition prévoyant les investigations peut-elle s'appliquer à des faits survenus avant son adoption? — Cette disposition est-elle de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets? — La présomption de prise d'effet immédiate est-elle réfutée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Indépendance du ministère public — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — Le processus d'investigation judiciaire

investigative hearing process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Whether purpose of investigative hearing was pre-trial discovery of evidence.

M and B were jointly charged with several offences in relation to the explosion of Air India Flight 182 and the intended explosion of Air India Flight 301. Shortly after the beginning of their trial, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that a Named Person, a potential Crown witness at the Air India trial, attend a judicial investigative hearing for examination pursuant to s. 83.28 of the *Criminal Code*, which is one of the new provisions added to the *Code* as a result of the enactment of the *Anti-terrorism Act* in 2001. The application judge granted the order and set a number of terms and conditions to govern the conduct of the judicial investigative hearing, among others, the hearing was to be conducted *in camera* and notice of the hearing was not to be given to the accused in the Air India trial, to the press or to the public. Counsel for the accused, who fortuitously became aware of the order, informed the application judge that they wished to make submissions. Counsel for the Named Person also applied to challenge the constitutional validity of s. 83.28. The constitutional challenge and the application to set aside the order were heard *in camera*. The judge presiding at the hearing concluded that the order was validly issued and s. 83.28 was constitutionally sound. Given the unusual circumstances of this case, she varied the order to permit counsel for the accused to attend at the investigative hearing and examine the Named Person under the proviso that they leave the hearing if information unrelated to the trial was elicited. They were also prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing to the public or to the accused. The judgment was sealed until the conclusion of the hearing or any contrary order of the court. Since there is no provision in the *Criminal Code* for an appeal of a s. 83.28 order to a provincial court of appeal, the Named Person successfully sought leave to appeal to this Court.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Arbour JJ.: The purpose of the *Anti-terrorism Act* is to prosecute

compromet-il l'indépendance de l'avocat du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — L'investigation avait-elle pour objet d'obtenir la communication préalable d'éléments de preuve?

M et B ont été accusés conjointement de plusieurs infractions liées à l'explosion du vol 182 d'Air India et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Peu après l'ouverture de leur procès, le ministère public a présenté, en l'absence de toute autre partie, une demande d'ordonnance enjoignant à une personne désignée, susceptible d'être assignée comme témoin à charge au procès Air India, de se présenter à une investigation pour subir un interrogatoire conformément à l'art. 83.28 du *Code criminel*, qui est l'une des nouvelles dispositions ajoutées au *Code* à la suite de l'adoption de la *Loi antiterroriste* en 2001. Le juge saisi de la demande a accordé l'ordonnance et a assujéti l'investigation judiciaire à un certain nombre de modalités prévoyant notamment qu'elle se déroulerait à huis clos et qu'aucun préavis ne serait donné aux accusés du procès Air India, à la presse et au public. Les avocats des accusés qui ont appris par hasard l'existence de l'ordonnance ont avisé le juge qui l'avait rendue qu'ils souhaitaient présenter des observations. L'avocat de la personne désignée a également demandé l'autorisation de contester la constitutionnalité de l'art. 83.28. L'audition de la contestation de la constitutionnalité et de la demande d'annulation de l'ordonnance s'est déroulée à huis clos. La juge présidant l'investigation a conclu que l'ordonnance était valide et que l'art. 83.28 était conforme à la Constitution. Compte tenu des circonstances inhabituelles de la présente affaire, elle a modifié l'ordonnance de manière à permettre aux avocats des accusés de se présenter à l'investigation pour y interroger la personne désignée, à la condition qu'ils quittent la salle d'audience si des renseignements n'ayant rien à voir avec le procès étaient dévoilés. Il leur était également interdit de divulguer au public ou aux accusés tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation. Le jugement a été mis sous scellés jusqu'à la fin de l'investigation ou jusqu'à ce que le tribunal en décide autrement. Étant donné qu'aucune disposition du *Code criminel* ne permet d'interjeter devant une cour d'appel provinciale un appel contre une ordonnance fondée sur l'art. 83.28, la personne désignée a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Arbour : La *Loi antiterroriste* a pour objet

and prevent terrorism offences. Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. The challenge for democracies in the battle against terrorism is to balance an effective response with fundamental democratic values that respect the importance of human life, liberty and the rule of law. Subject to interpretive comments, s. 83.28 of the *Criminal Code* meets that challenge.

The meaning of s. 83.28 is ambiguous in two respects: (1) the role of counsel for the witness at the judicial investigative hearing, and (2) the threshold of relevance and admissibility applicable in that hearing where information, as opposed to evidence, is sought. A broad and purposive interpretation of s. 83.28, which accords with the presumption of constitutionality, resolves both of these ambiguities. Read narrowly, ss. 83.28(9) and 83.28(8) seem to restrict counsel to objections on specified grounds, but read purposively with s. 83.28(12), s. 83.28 suggests a more fulsome participation by counsel since the relevancy requirement in s. 83.28(12) also attaches to the questioning of the named person. The purposive approach is supported by the wide ambit given to the judiciary under ss. 83.28(5)(e) and 83.28(7) to set or vary the terms and conditions of an order. This broad power enables the judge to respond flexibly to the specific circumstances of each application and ensures that constitutional and common law rights and values are respected. As to the threshold for relevance and admissibility, when viewed purposively, the judicial investigative proceeding can be regarded as a criminal proceeding. The common law evidentiary principles clearly apply as does the *Canada Evidence Act*. More importantly, the judge is present to ensure that the procedure is carried out in accordance with constitutional protections.

Section 83.28 is presumed to have immediate effect and to apply retrospectively because it effects only procedural change and does not create or impinge upon substantive rights. It is *prima facie* procedural because it outlines the process by which hearings are to be carried out. The reference in s. 83.28(4) to “terrorism offence” does not transform the procedural nature of s. 83.28 into a substantive one. Furthermore, a judicial investigative hearing remains procedural even though it may

de prévenir et de punir les infractions de terrorisme. Quoiqu’il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s’appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs démocratiques fondamentales qui attachent de l’importance à la vie et à la liberté de l’être humain, ainsi qu’au respect de la primauté du droit. Sous réserve de commentaires portant sur son interprétation, l’art. 83.28 du *Code criminel* résiste à l’examen de sa constitutionnalité.

L’article 83.28 est ambigu à deux égards : (1) le rôle que l’avocat du témoin est appelé à jouer au cours de l’investigation judiciaire, et (2) le critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité applicable à l’investigation lorsque l’on recherche des renseignements et non pas des éléments de preuve. L’interprétation large et téléologique de l’art. 83.28 — qui est conforme à la présomption de constitutionnalité — permet d’éliminer ces deux ambiguïtés. Si on leur donne une interprétation stricte, les par. 83.28(9) et 83.28(8) ne semblent autoriser l’avocat qu’à formuler des objections pour des motifs précis, mais si on l’interprète de manière téléologique de concert avec le par. 83.28(12), l’art. 83.28 laisse entrevoir une participation plus complète de l’avocat, étant donné que l’exigence d’utilité contenue au par. 83.28(12) s’applique également à l’interrogatoire de la personne désignée. L’interprétation téléologique est étayée par la grande latitude dont le juge dispose — en vertu de l’al. 83.28(5)e) et du par. 83.28(7) — pour établir ou modifier les modalités d’une ordonnance. Grâce à ce pouvoir général, le juge dispose, dans chaque cas, de la latitude nécessaire pour tenir compte du contexte particulier dans lequel s’applique la disposition et pour assurer le respect des droits et des valeurs reconnus par la Constitution et la common law. En ce qui concerne le critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité, selon une interprétation téléologique, l’investigation judiciaire peut être considérée comme une instance criminelle. Les principes de common law en matière de preuve s’appliquent manifestement, de même que la *Loi sur la preuve au Canada*. Qui plus est, la présence du juge vise à assurer un déroulement conforme aux garanties constitutionnelles.

L’article 83.28 est présumé prendre effet immédiatement et s’appliquer rétrospectivement parce qu’il traduit seulement une évolution procédurale et ne crée pas des droits substantiels ou n’empiète pas sur ces droits. Il est de nature procédurale à première vue, car il expose la façon de procéder à une investigation judiciaire. La mention d’une « infraction de terrorisme », au par. 83.28(4), ne fait pas passer de procédurale à substantielle la nature de l’art. 83.28. De plus, bien qu’elle puisse permettre

generate information pertaining to an offence. Lastly, the presumption of immediate effect of s. 83.28 has not been rebutted. No contrary intent of Parliament has been evinced, and providing under s. 83.28(4)(a) and (b) that judicial hearings may apply before and after the commission of a terrorism offence indicates parliamentary intent that it may apply retrospectively.

Section 83.28 of the *Code* does not violate s. 7 of the *Charter*. Although statutory compulsion to testify and the consequences for a named person of failing to comply with s. 83.28 both clearly engage liberty interests under s. 7, s. 83.28 does not infringe the right against self-incrimination. The right against self-incrimination is a principle of fundamental justice from which three procedural safeguards have emerged in relation to criminal law: use immunity, derivative use immunity and constitutional exemption. Section 83.28(10) provides both use and absolute derivative use immunity and a constitutional exemption is provided by the principle that testimonial compulsion is precluded where its predominant purpose is to determine penal liability. Section 83.28(10), however, provides these safeguards only in criminal proceedings whereas the international scope of terrorism and terrorism investigation raises concerns about the use of information gathered under s. 83.28(10) in extradition or deportation hearings and by foreign authorities. In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to those proceedings. The hearing judge must thus make and, if necessary, vary the terms of an order to properly provide use and derivative immunity in extradition or deportation proceedings.

Judges acting under s. 83.28 do not lack institutional independence or impartiality, nor are they co-opted into performing an executive function. Section 83.28 requires the judge to act judicially, in accordance with constitutional norms and the historic role of the judiciary in criminal proceedings. A broad and purposive interpretation of s. 83.28 is consistent with the judiciary's role, which in this context is to protect the integrity of the investigation and the interests of the named person. Judges bring the full weight of their authority to the hearing to provide all the constitutional guarantees of the *Charter*, and a failure to do so will constitute on the part of a hearing judge

d'obtenir des renseignements relatifs à une infraction, l'investigation judiciaire reste de nature procédurale. Enfin, la présomption de prise d'effet immédiate de l'art. 83.28 n'a pas été réfutée. Le législateur n'a exprimé aucune intention contraire, et le fait que les al. 83.28(4)a) et b) prévoient la possibilité de procéder à une investigation judiciaire avant et après la commission d'une infraction de terrorisme indique que le législateur a voulu que cette disposition puisse s'appliquer rétroactivement.

L'article 83.28 du *Code* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la contrainte légale à témoigner et les conséquences du défaut d'une personne désignée de se conformer à l'art. 83.28 fassent intervenir clairement, dans les deux cas, le droit à la liberté garanti par l'art. 7, l'art. 83.28 ne porte pas atteinte au droit de ne pas s'incriminer. Le droit de ne pas s'incriminer est un principe de justice fondamentale à l'origine de trois garanties procédurales en matière de droit criminel : l'immunité contre l'utilisation de la preuve, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'exemption constitutionnelle. Le paragraphe 83.28(10) accorde l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée, et l'exemption constitutionnelle découle du principe selon lequel la contrainte à témoigner est interdite lorsqu'elle a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale. Cependant, le par. 83.28(10) prévoit que ces garanties ne s'appliquent que dans le cadre de poursuites criminelles, alors que la portée internationale du terrorisme et des enquêtes sur le terrorisme suscite des craintes que des renseignements obtenus en vertu du par. 83.28(10) soient utilisés dans des audiences en matière d'extradition ou d'expulsion, ou encore par des autorités étrangères. Pour satisfaire aux exigences de l'art. 7, il faut nécessairement appliquer à ces procédures les garanties procédurales de l'art. 83.28. Le juge qui préside l'investigation doit établir et modifier, si nécessaire, les modalités de l'ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d'extradition ou d'expulsion.

Les juges qui agissent en vertu de l'art. 83.28 ne sont pas dépourvus d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle, et ne se voient pas permettre d'exercer une fonction exécutive. L'article 83.28 exige que le juge agisse de façon judiciaire, conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle. L'interprétation large et téléologique de l'art. 83.28 est compatible avec le rôle du pouvoir judiciaire qui, dans le présent contexte, consiste à préserver l'intégrité de l'investigation et les droits de la personne désignée. Les juges mettent à contribution, à ces investigations, toute l'autorité qu'ils possèdent

a reviewable error. A reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical context, would conclude that the court or tribunal is independent. The conclusion in the *Vancouver Sun* appeal that hearings are presumptively to be in open court also supports a conclusion that the judiciary is independent and impartial.

Nor is the independence of Crown counsel compromised by the investigative hearing process. The core content of Crown independence is the maintenance of objectivity throughout the process, but since the application of Crown objectivity is highly contextual, it fails to meet the criteria for recognition as a principle of fundamental justice under s. 7. By bringing Crown counsel into the judicial investigative hearing process, the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest.

The purpose of the hearing in this case was to investigate a terrorism offence and not to obtain pre-trial discovery. No reviewable error arises from the hearing judge's conclusion that the Crown met its onus to demonstrate in good faith that the hearing's purpose was investigative. However, because the judicial investigative hearing was sought in the midst of an ongoing trial and in total secrecy, some pre-trial advantage might have been given to the Crown. The ruling in the *Vancouver Sun* appeal that there is a presumption favouring open hearings and the participation of counsel would have overcome these concerns.

Section 11(d) of the *Charter* does not apply because the Named Person is not an accused. In light of the conclusion on openness in the *Vancouver Sun* appeal and the previous comments on the scope and operation of s. 83.28, there is no need to decide whether the participation of counsel for the accused was an appropriate condition under s. 83.28(5)(e).

Per Bastarache and Deschamps JJ.: Subject to the following comments, the reasons of Iacobucci and Arbour JJ. are agreed with. First, where a judicial investigative hearing is closed, the independence or impartiality of

pour offrir toutes les garanties constitutionnelles de la *Charte*, et ceux qui omettent de le faire commettent une erreur donnant lieu à révision. Une personne raisonnable et renseignée qui examinerait les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif est indépendant. La conclusion, dans le pourvoi *Vancouver Sun*, qu'il existe une présomption de publicité à l'égard des investigations étaye également la conclusion que le pouvoir judiciaire est indépendant et impartial.

Le processus d'investigation judiciaire ne compromet pas non plus l'indépendance de l'avocat du ministère public. Le maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures est au cœur de l'indépendance du ministère public, mais étant donné que son application dépend fortement du contexte, le principe de l'objectivité du ministère public ne remplit pas les conditions requises pour pouvoir être considéré comme un principe de justice fondamentale prévu à l'art. 7. En faisant participer les avocats du ministère public au processus d'investigation judiciaire, le législateur a voulu que le ministère public se conforme au rôle qu'il doit jouer en tant qu'officier de justice et à son obligation d'agir impartialement dans l'intérêt public.

En l'espèce, l'investigation avait pour objet d'enquêter sur une infraction de terrorisme et non de procéder à un interrogatoire préalable. En concluant que le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer de bonne foi que l'investigation visait la conduite d'une enquête, la juge président l'investigation n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision. Cependant, du fait que l'investigation judiciaire a été sollicitée au milieu d'un procès et dans le plus grand secret, il se pourrait que le ministère public ait bénéficié de quelque avantage émanant d'une procédure préalable au procès. La décision, dans le pourvoi *Vancouver Sun*, qu'il existe une présomption qui favorise la publicité des investigations et la participation des avocats aurait permis d'apaiser ces craintes.

L'alinéa 11d) de la *Charte* ne s'applique pas étant donné que la personne désignée n'est pas inculpée. Compte tenu de la conclusion tirée dans le pourvoi *Vancouver Sun* relativement à la publicité des procédures et des commentaires faits antérieurement au sujet de la portée et de l'application de l'art. 83.28, il n'est pas nécessaire de déterminer si la participation des avocats des accusés était une modalité indiquée au sens de l'al. 83.28(5)e).

Les juges Bastarache et Deschamps : Les motifs des juges Iacobucci et Arbour sont acceptés sous réserve des commentaires suivants. Premièrement, lorsqu'une investigation judiciaire est terminée, l'indépendance ou

the judiciary will not be compromised, as several other factors promote independence and impartiality. The subsequent release of the information disclosed during these proceedings promotes the accountability of the judiciary. Second, the hearing judge made neither a palpable nor an overriding error in her assessment of the facts and her approach was correct in principle. The participation of counsel for the accused was sufficient to overcome any concern regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial. Lastly, there is no evidence that the hearing judge erred in concluding that counsel for the accused could participate in the hearing.

Per Binnie J.: Section 83.28 of the *Criminal Code*, when correctly interpreted and properly applied, is constitutionally valid.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The Crown's resort to s. 83.28 of the *Criminal Code* in this case was at least in part for an inappropriate purpose, namely, to bootstrap the prosecution's case in the Air India trial by subjecting an uncooperative witness, the Named Person, to a mid-trial examination for discovery before a judge other than the Air India trial judge. The Named Person had been equally uncooperative with the defence, and in the circumstances resort to the s. 83.28 procedure was unfair to the accused M and B and an abuse of process.

The terrorism offence being investigated under s. 83.28 is also the subject matter of the criminal charges against M and B. The Named Person was scheduled to testify for the prosecution, but because the Crown proceeded by direct indictment, neither the prosecution nor the defence had a preliminary look at this witness. Section 83.28 was not designed to serve as a sort of half-way house between a preliminary hearing and a direct indictment. Clearly one purpose of the s. 83.28 hearing was to provide the Crown with a transcript of the Named Person's compelled testimony under oath that would otherwise be unobtainable. This restored to the Crown some of the advantage it had lost in opting for the direct indictment, while not giving the defence a comparable opportunity to examine potential witnesses of its choosing. The Crown sought to keep the defence (and the Air India trial judge) in a state of ignorance of even the existence of the s. 83.28 proceedings.

The conditions imposed on the initial order and the lack of notice to the judge in the Air India trial of what

l'impartialité du pouvoir judiciaire n'est pas compromise étant donné que plusieurs autres facteurs en favorisent le maintien. La diffusion subséquente des renseignements divulgués pendant ces procédures favorise la responsabilité des juges. Deuxièmement, la juge présidant l'investigation n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans son appréciation des faits, et l'approche qu'elle a adoptée était correcte en principe. La participation des avocats des accusés était suffisante pour apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India. Enfin, rien ne prouve que la juge présidant l'investigation a commis une erreur en concluant que les avocats des accusés pouvaient participer à l'investigation.

Le juge Binnie : L'article 83.28 du *Code criminel*, interprété et appliqué correctement, est conforme à la Constitution.

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Le recours du ministère public à l'art. 83.28 du *Code criminel* visait, en partie du moins, un objectif inapproprié, à savoir étoffer la preuve à charge dans le procès Air India en faisant subir, au milieu du procès, au témoin peu coopératif qu'était la personne désignée, un interrogatoire devant un autre juge que le juge du procès Air India. La personne désignée s'était également montrée peu coopérative avec la défense et, dans les circonstances, le recours à la procédure prévue par l'art. 83.28 était inéquitable pour les accusés M et B et constituait un abus de procédure.

L'infraction de terrorisme faisant l'objet de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 est également visée par les accusations criminelles portées contre M et B. La personne désignée devait témoigner pour la poursuite, mais étant donné que le ministère public a choisi de procéder par mise en accusation directe, ni la poursuite ni la défense n'ont pu jeter un coup d'œil préliminaire sur ce témoin. L'article 83.28 n'est pas conçu pour servir de moyen terme entre l'enquête préliminaire et la mise en accusation directe. Il est évident que l'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était de fournir au ministère public une transcription du témoignage que la personne désignée serait contrainte de livrer sous serment et qui serait impossible à obtenir autrement. Cela a permis au ministère public de récupérer certains des avantages perdus en optant pour la mise en accusation directe, sans que la défense n'ait une possibilité comparable d'interroger les témoins qu'elle pourrait vouloir assigner. Le ministère public cherchait à cacher à la défense (et au juge du procès Air India) l'existence même des procédures fondées sur l'art. 83.28.

Les modalités de l'ordonnance initiale et l'omission d'aviser le juge du procès Air India de ce qu'on

was afoot gave the Crown a significant advantage. The connection between the Air India trial and the s. 83.28 hearing was plain and obvious and it was the responsibility of all concerned to ensure that the fair trial rights of M and B were not prejudiced. The defects in the initial s. 83.28 order were not cured by the amendments made by the hearing judge. The issue is not just whether the hearing judge ameliorated the original terms (which she did) but whether the hearing should have proceeded at all in the time frame sought by the Crown.

If the Crown's dominant concern had been the "ongoing investigation", as was held by the hearing judge, the prosecution could have called the Named Person to testify at any time after the Air India trial started over a year ago. That would have enabled the s. 83.28 hearing to proceed free of constraints imposed by the ongoing Air India trial.

In any event, an "improper purpose" test is too narrow. The effects of a resort to s. 83.28 are also important. The prejudicial effect on the defence in this case could be eliminated by a delay of the s. 83.28 hearing until after the Named Person had testified at the Air India trial or the Crown had indicated that the Named Person would not be called as a prosecution witness. To proceed sooner would be an abuse of the s. 83.28 process.

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting): Section 83.28 of the *Criminal Code* compromises the institutional dimension of judicial independence and should be declared unconstitutional. Judicial independence has two dimensions, namely individual independence, which attaches to the individual judge, and institutional independence, which attaches to courts as institutions and ensures the separation of powers. Although a judge may be independent in fact and act with the utmost impartiality, judicial independence will not exist if the court of which he or she is a member is not independent of the other branches of government on an institutional level. In this case, s. 83.28 requires judges to preside over police investigations; as such investigations are the responsibility of the executive branch, this cannot but leave a reasonable, well-informed person with the impression that judges have become allies of the executive branch. First, s. 83.28 does not give the hearing judge the necessary tools to effectively play his or her role as protector of the fundamental rights of the person being examined. Second, if it were possible to conclude that the judge could effectively rule on

s'apprêtait à faire ont conféré un avantage important au ministère public. Il y avait un lien clair et net entre le procès Air India et l'investigation fondée sur l'art. 83.28, et il incombait à tous les intéressés de s'assurer que le droit à un procès équitable des accusés M et B ne soit pas bafoué. Les modifications apportées par la juge président l'investigation n'ont pas remédié aux lacunes de l'ordonnance initiale fondée sur l'art. 83.28. Il ne s'agit pas simplement de savoir si la juge président l'investigation a amélioré les modalités originales (ce qu'elle a fait), mais encore faut-il décider s'il y avait lieu que l'investigation se déroule selon l'échéancier sollicité par le ministère public.

Si le principal souci du ministère public avait été de faire progresser l'« enquête en cours », comme l'a conclu la juge ayant présidé l'investigation, la poursuite aurait pu assigner la personne désignée à témoigner en tout temps après l'ouverture du procès Air India, il y a plus d'un an. L'investigation fondée sur l'art. 83.28 aurait ainsi été dépourvue de toute contrainte émanant du procès Air India en cours.

Quoi qu'il en soit, le critère de l'« objet illégitime » est trop strict. L'incidence du recours à l'art. 83.28 est également importante. En l'espèce, le report de l'investigation prévue par l'art. 83.28 jusqu'à ce que la personne désignée ait témoigné au procès Air India, ou que le ministère public ait indiqué qu'il ne l'assignerait pas comme témoin à charge, aurait permis d'éliminer l'incidence préjudiciable sur la défense. Procéder plus tôt à l'investigation constituerait un abus de la procédure prévue par l'art. 83.28.

Les juges LeBel et Fish (dissidents): L'article 83.28 du *Code criminel* porte atteinte à l'indépendance judiciaire dans sa dimension institutionnelle et devrait être déclaré inconstitutionnel. L'indépendance judiciaire comporte deux dimensions, l'une individuelle qui s'attache au juge, et l'autre institutionnelle qui s'attache aux tribunaux en tant qu'institutions et qui assure la séparation des pouvoirs étatiques. Bien qu'un juge puisse être indépendant de fait et se conduire avec la plus rigoureuse impartialité, l'indépendance judiciaire n'existera que si le tribunal auquel il appartient est indépendant des autres organes du gouvernement sur le plan institutionnel. En l'espèce, l'art. 83.28, en vertu duquel les juges sont de fait amenés à présider des enquêtes policières qui relèvent de l'exercice du pouvoir exécutif, ne peut qu'entraîner chez la personne raisonnable et bien informée une perception que les juges sont devenus alliés du pouvoir exécutif. Premièrement, l'art. 83.28 ne donne pas au juge qui préside l'enquête les outils dont il a besoin pour exercer efficacement son rôle de protecteur des droits fondamentaux de la personne interrogée.

certain objections during the investigation, the fluidity and vagueness of the investigation procedure would still give too much discretion to the judge. A judge's individual perception of his or her role will necessarily affect the nature and conduct of the examination. Some judges will be more inclined than others to protect the fundamental rights of the person being examined. Third, in enacting s. 83.28, Parliament gave increased powers to the executive branch to enable it to investigate acts of terrorism effectively. A reasonable person might for this reason conclude that Parliament intended to use the judiciary to make the prevention and suppression of such acts more effective. The judge's duties under s. 83.28 are unlike any of the duties traditionally discharged by the judiciary. The judge takes part in and facilitates the police investigation without having real power to act as a neutral arbiter. Finally, the public's perception that the judicial and the executive branches do not act separately in an investigation under s. 83.28 will be heightened when the investigation is held *in camera*.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817; *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*

Deuxièmement, même s'il était possible de conclure que le juge pourrait réussir à trancher certaines objections lors de l'interrogatoire, la fluidité et l'imprécision de la procédure d'enquête laissent une trop grande discrétion au juge. La perception individuelle que le juge se fera de son rôle affectera nécessairement la nature et le déroulement de l'interrogatoire. Certains juges seront plus enclins que d'autres à protéger les droits fondamentaux de la personne interrogée. Troisièmement, en édictant l'art. 83.28, le législateur vise à donner plus de pouvoirs à l'exécutif afin qu'il puisse enquêter efficacement sur les actes de terrorisme. La personne raisonnable pourrait donc conclure que le législateur prévoit utiliser le pouvoir judiciaire pour prévenir et réprimer plus efficacement de tels actes. La fonction du juge, en vertu de l'art. 83.28, ne s'apparente à aucun autre rôle habituel du pouvoir judiciaire. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre. Enfin, la perception du public selon laquelle les pouvoirs judiciaire et exécutif n'agissent pas de manière séparée lors d'une investigation tenue en vertu de l'art. 83.28 s'accroîtra davantage lorsque les investigations seront tenues à huis clos.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel c. Israel*, 53(4) P.D. 817; *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Malmo-Levine*, [2003]

v. *Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, 2001 SCC 66; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Cited by Binnie J. (dissenting)

Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] S.C.R. 248, aff'd [1947] 1 D.L.R. 577; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391.

Cited by LeBel J. (dissenting)

Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance), [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, Preamble, s. 4.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, Part I, ss. 2, 4(3), 8-12, 9, 10, 11, 19-36, 42.

3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, 2001 CSC 66; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Terminiello c. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); *Reference Re : Persons of Japanese Race*, [1946] R.C.S. 248, conf. par [1947] 1 D.L.R. 577; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances), [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8-14, 11d), 33.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8-14, 11(d), 33.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 11.
Constitution Act, 1867, Preamble, ss. 96-100.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “terrorism offence” [ad. 2001, c. 41, s. 2(2)], 83.28 [*idem*, s. 4], 83.29 [*idem*], 184.2, 487, 487.05, 487.052.
Emergencies Act, R.S.C. 1985, c. 22 (4th Supp.).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 231.4.
Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), s. 22.2.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Barak, Aharon. “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16.
 British Columbia. Criminal Justice Branch. Media Statement. “Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion”, 10 February 2003, <www.ag.gov.bc.ca/airindia/cjb_ms_03-02.htm>.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 15, 2001, p. 6048.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6166.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 28, 2001, p. 7620.
 Canada. Senate. *Proceedings of the Special Senate Committee on Subject Matter of Bill C-36*. Issue No. 4, 1st Sess., 37th Parl., October 29, 2001, p. 4:4.
 Cohen, Stanley A. “Safeguards in and Justifications for Canada’s New Anti-terrorism Act” (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.
 Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 3), p. 1-11.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Friedland, Martin L. “Police Powers in Bill C-36”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « infraction de terrorisme » [aj. 2001, ch. 41, art. 2(2)], 83.28 [*idem*, art. 4], 83.29 [*idem*], 184.2, 487, 487.05, 487.052.
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, préambule, art. 4.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96-100.
Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.4.
Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.), art. 22.2.
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, partie I, art. 2, 4(3), 8-12, 9, 10, 11, 19-36, 42.
Loi sur les mesures d’urgence, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.).

Doctrine citée

Barak, Aharon. « Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 15 octobre 2001, p. 6048.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 16 octobre 2001, p. 6166.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 28 novembre 2001, p. 7620.
 Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, fascicule n^o 4, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 octobre 2001, p. 4:4.
 Cohen, Stanley A. « Safeguards in and Justifications for Canada’s New Anti-terrorism Act » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.
 Colombie-Britannique. Criminal Justice Branch. Media Statement. « Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion », 10 February 2003, <www.ag.gov.bc.ca/airindia/cjb_ms_03-02.htm>.
 Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 3), p. 1-11.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Friedland, Martin L. « Police Powers in Bill C-36 », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001.

Jenkins, David. "In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law" (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary", in Allen M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary*. Toronto: Osgoode Hall Law School, 1976, 1.

Millard, Jeremy. "Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act*" (2002), 60(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 79.

Paciocco, David M. "Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Supreme Court, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, upholding the constitutional validity of s. 83.28 of the *Criminal Code* and the validity of an order for a judicial investigative hearing but varying its terms. Appeal dismissed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., Howard Rubin and Kenneth Westlake, for the appellant the "Named Person".

Bernard Laprade and George Dolhai, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alexander Budlovsky and Mary T. Ainslie, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

William B. Smart, Q.C., and Brock Martland, for the respondent Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code and Jonathan Dawe, for the respondent Ajaib Singh Bagri.

Michael Bernstein and Sandy Tse, for the intervener the Attorney General of Ontario.

John B. Laskin and Frank Cesario, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Marie Henein and Jennifer Gleitman, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Jenkins, David. « In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Lederman, W. R. « The Independence of the Judiciary », in Allen M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary*. Toronto : Osgoode Hall Law School, 1976, 1.

Millard, Jeremy. « Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 60(1) *R.D.U.T.* 79.

Paciocco, David M. « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, confirmant la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code criminel* et la validité d'une ordonnance enjoignant la tenue d'une investigation judiciaire, mais en modifiant les modalités. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., Howard Rubin et Kenneth Westlake, pour l'appelante la « personne désignée ».

Bernard Laprade et George Dolhai, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Alexander Budlovsky et Mary T. Ainslie, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

William B. Smart, c.r., et Brock Martland, pour l'intimé Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code et Jonathan Dawe, pour l'intimé Ajaib Singh Bagri.

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

John B. Laskin et Frank Cesario, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Marie Henein et Jennifer Gleitman, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Gregory P. Delbigio, for the intervener the Canadian Bar Association.

Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst, for the interveners The Vancouver Sun, The National Post and Global Television Network Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

This appeal is a companion to *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43 (the “media appeal”), released concurrently.

This appeal raises for the first time in this Court fundamental questions about the constitutional validity of provisions of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 (the “Act”), which were adopted as amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “Code”). The Act is a legislative component of Canada’s response to the enormous tragedy of the September 11, 2001 terrorist attacks in the United States. Many other countries, including the United States and the United Kingdom, similarly responded with legislation: D. Jenkins, “In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law” (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

The specific issues relate to the constitutional validity of s. 83.28 of the *Code*, the “judicial investigative hearing” provision, under which the appellant was ordered to attend and be compelled to answer questions. We use “appellant” here to refer to the “Named Person”, who is the subject of the s. 83.28 order and brought the appeal to this Court.

Subject to the interpretive comments we make about the section and its operation, we find the impugned provision to pass constitutional muster. However, at the outset, we believe it important to set

Gregory P. Delbigio, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour les intervenants The Vancouver Sun, The National Post et Global Television Network Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43 (le « pourvoi relatif aux médias »), sont connexes et leurs motifs sont déposés simultanément.

La Cour est saisie, pour la première fois, de questions fondamentales relatives à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 (la « Loi »), adoptées sous forme de modifications du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « Code »). La Loi est l’aspect législatif de la réaction du Canada à l’effroyable tragédie des attaques terroristes survenues aux États-Unis, le 11 septembre 2001. De nombreux autres pays, dont les États-Unis et le Royaume-Uni, ont également réagi par voie législative : D. Jenkins, « In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act : A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Les questions soulevées concernent la constitutionnalité de l’art. 83.28 du *Code*, la disposition régissant l’« investigation judiciaire » à laquelle l’appelant a reçu l’ordre de se présenter afin de répondre à des questions. Dans les présents motifs, nous utilisons le terme « appelant » pour renvoyer à la « personne visée » (ou « personne désignée ») par l’ordonnance rendue en vertu de l’art. 83.28, qui a formé le pourvoi devant la Cour.

Sous réserve de commentaires portant sur son interprétation et son application, nous concluons que la disposition contestée résiste à l’examen de sa constitutionnalité. Toutefois, nous croyons qu’il

forth some background considerations in this appeal and the media appeal.

est important, au départ, d'énoncer certains facteurs contextuels du présent pourvoi et de celui relatif aux médias.

5 The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. So, while Cicero long ago wrote “*inter arma silent leges*” (the laws are silent in battle) (*Pro Milone* 14), we, like others, must strongly disagree: see A. Barak, “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, at pp. 150-51.

Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme n'est pas de savoir si elles doivent réagir, mais plutôt comment elles doivent le faire. Cela s'explique par l'importance que les Canadiens et les Canadiennes attachent à la vie et à la liberté de l'être humain, ainsi qu'à la protection de la société grâce au respect de la primauté du droit. En effet, l'existence même d'une démocratie repose sur la primauté du droit. Par ailleurs, bien que Cicéron ait jadis écrit, dans *Pro Milone* 14, que « *inter arma silent leges* » (les lois se taisent quand les armes parlent), nous devons, comme bien d'autres, être en profond désaccord : voir A. Barak, « Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, p. 150-151.

6 Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact, to paraphrase Jackson J.: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at p. 37 (in dissent).

Quoiqu'il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s'appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Mais en même temps, s'il est vrai que la réaction au terrorisme doit respecter la primauté du droit, il reste que la Constitution n'est pas un pacte de suicide, pour paraphraser le juge Jackson, dissident, dans l'arrêt *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37.

7 Consequently, the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law. In a democracy, not every response is available to meet the challenge of terrorism. At first blush, this may appear to be a disadvantage, but in reality, it is not. A response to terrorism within the rule of law preserves and enhances the cherished liberties that are essential to democracy. As eloquently put by President Aharon Barak of the Israeli Supreme Court:

Par conséquent, le défi qu'un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. Dans une démocratie, tout n'est pas permis pour contrer le terrorisme. Ce qui peut sembler être un désavantage, au premier abord, n'en est pas un en réalité. La réaction au terrorisme, qui respecte la primauté du droit, protège et renforce les libertés précieuses qui sont essentielles à une démocratie. Comme l'a affirmé avec éloquence le président Aharon Barak de la Cour suprême d'Israël :

This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of

[TRADUCTION] Tel est le destin d'une démocratie : dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n'est pas possible non plus de recourir à toutes les méthodes utilisées par l'ennemi. Il arrive parfois qu'une démocratie doive se battre en ayant une main

individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p. 845, cited in Barak, *supra*, at p. 148.)

Although the constitutionality of a legislative approach to terrorism will ultimately be determined by the judiciary in its role as the arbiter of constitutional disputes for the country, we must not forget that the legislative and executive branches also desire, as democratic agents of the highest rank, to seek solutions and approaches that conform to fundamental rights and freedoms.

II. The Background

We recognize that there is an overlap between the facts and procedural history of this appeal and that of the media appeal. It is nonetheless helpful to fully canvass the facts in each appeal to aid in the understanding of the context in which the issues are raised.

A. *The Facts and Procedural History*

The invocation of the legislative provision at the focus of this appeal, s. 83.28 of the *Code*, relates to two alleged acts of terrorism, both of which occurred on June 23, 1985. An explosion killed two baggage handlers, and injured four others, at the Narita Airport in Japan, as baggage was being transferred onto Air India Flight 301. A second explosion occurred just under one hour later, causing Air India Flight 182 to crash off the west coast of Ireland. All 329 passengers and crew perished in the explosion.

On February 4, 1988, the first accused, Inderjit Singh Reyat, was arrested in England. He was extradited to Canada on December 13, 1989, where he

attachée derrière le dos. Elle est néanmoins en position de force. Le maintien de la primauté du droit et la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité. En définitive, ils accroissent son enthousiasme et son dynamisme et lui permettent de venir à bout de ses difficultés.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, p. 845, cité dans Barak, *loc. cit.*, p. 148.)

Même si, en définitive, ce sont les tribunaux, en tant qu'arbitres des différends constitutionnels au Canada, qui se prononceront sur la constitutionnalité d'une approche législative destinée à contrer le terrorisme, il ne faut pas oublier qu'en leur qualité d'agents démocratiques du plus haut rang les pouvoirs législatif et exécutif souhaitent, eux aussi, trouver des solutions et des approches conformes aux droits et libertés fondamentaux.

II. Le contexte

Nous reconnaissons que les faits et l'historique des procédures judiciaires du présent pourvoi recourent ceux du pourvoi relatif aux médias. Il est néanmoins utile de procéder à un examen complet des faits de chacun de ces pourvois pour bien comprendre le contexte dans lequel les questions en litige sont soulevées.

A. *Les faits et l'historique des procédures judiciaires*

La disposition législative qui est au cœur du présent pourvoi, à savoir l'art. 83.28 du *Code*, est invoquée relativement à deux actes de terrorisme qui auraient été commis le 23 juin 1985. Une explosion survenue à l'aéroport Narita au Japon, pendant un transfert de bagages sur le vol 301 d'Air India, a causé la mort de deux bagagistes en plus de blesser quatre autres personnes. Un peu moins d'une heure plus tard, une deuxième explosion a provoqué l'écrasement du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande. Les 329 passagers et membres d'équipage qui se trouvaient à bord ont tous péri dans l'explosion.

Le 4 février 1988, le premier accusé, Inderjit Singh Reyat, était arrêté en Angleterre. Le 13 décembre 1989, il a été extradé vers le Canada afin

8

9

10

11

faced numerous charges relating to the explosion at Narita Airport. On May 10, 1991, he was convicted on seven counts, concerning manslaughter and the acquisition, possession, and use of explosive substances: *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (S.C.).

de répondre à de nombreuses accusations se rapportant à l'explosion survenue à l'aéroport Narita. Le 10 mai 1991, il a été déclaré coupable relativement à sept chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable et d'acquisition, de possession et d'usage de substances explosives : *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (C.S.).

12 Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri were jointly charged with several offences in relation to both explosions and the intended explosion of Air India Flight 301 on October 27, 2000. On March 8, 2001, a direct indictment was filed against the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri. Mr. Reyat was tried in relation to the bombing of Air India Flight 182, and a new indictment was filed on June 5, 2001, adding Mr. Reyat as a third accused.

Le 27 octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri ont été accusés conjointement de plusieurs infractions liées aux deux explosions et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Le 8 mars 2001, les accusés, MM. Malik et Bagri, ont fait l'objet d'une mise en accusation directe. Monsieur Reyat a subi son procès relativement à l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India et, le 5 juin 2001, un nouvel acte d'accusation ajoutant M. Reyat comme troisième accusé a été déposé.

13 On February 10, 2003, Mr. Reyat pleaded guilty to a new indictment charging him with aiding or abetting the construction of the explosive that was placed on Air India Flight 182 and the manslaughter of the 329 passengers and crew. He was sentenced to five years imprisonment in addition to time already spent in custody.

Le 10 février 2003, M. Reyat a plaidé coupable à la suite du dépôt d'un nouvel acte d'accusation l'inculpant d'avoir aidé ou encouragé à fabriquer la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India, ainsi que d'avoir commis un homicide involontaire coupable relativement aux 329 passagers et membres d'équipage. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en plus du temps qu'il avait passé en détention avant d'être condamné.

14 On February 24, 2003, Mr. Malik and Mr. Bagri re-elected to have their case tried by judge alone. The trial of Mr. Malik and Mr. Bagri (the "Air India Trial") began on April 28, 2003 and continues to date.

Le 24 février 2003, MM. Malik et Bagri ont choisi de subir leur procès devant un juge seul. Le procès de MM. Malik et Bagri (le « procès Air India ») a commencé le 28 avril 2003 et se poursuit toujours.

15 Shortly thereafter, on May 6, 2003, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that the appellant attend for examination pursuant to s. 83.28 of the *Code*. Dohm A.C.J. of the British Columbia Supreme Court granted the application and issued an order for the gathering of information on the basis of an affidavit by a member of the RCMP's Air India Task Force.

Peu après, le 6 mai 2003, le ministère public a présenté, en l'absence de toute autre partie, une demande d'ordonnance enjoignant à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire conformément à l'art. 83.28 du *Code*. Le juge en chef adjoint Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande et a rendu une ordonnance autorisant la recherche de renseignements, sur la foi de l'affidavit d'un membre du groupe de travail de la GRC sur l'écrasement de l'avion d'Air India.

16 Dohm A.C.J. set a number of terms and conditions to govern the conduct of the judicial

Le juge en chef adjoint Dohm a assujéti l'investigation judiciaire à un certain nombre de

investigative hearing: (1) it was to be conducted *in camera*; (2) the appellant was entitled to counsel; (3) examination was to be undertaken by the Attorney General; (4) the appellant was required to answer questions and produce items ordered to be produced subject to privilege or other non-disclosure considerations; (5) the appellant was prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing; and (6) notice was not to be given to the accused in the Air India Trial, to the press, or to the public. Upon service of the order, the appellant was to be informed of the right to retain and instruct counsel and that a failure to attend or remain in attendance at the hearing may result in the issuance of an arrest warrant.

The order required the appellant to attend at an examination on May 20, 2003. At some point prior to that date, counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri fortuitously became aware of the order and advised Dohm A.C.J. that they wished to make submissions. The appellant retained counsel, and on June 16, 2003, Dohm A.C.J. was advised that the appellant wished to challenge the constitutional validity of s. 83.28 of the *Code*. Dohm A.C.J. directed that Holmes J. hear all submissions jointly in seven days time. The constitutional challenge to s. 83.28 and the application to set aside Dohm A.C.J.'s order commenced on June 23, 2003.

The application to set aside the order was dismissed, and Holmes J. issued reasons on July 21, 2003. The order was varied, however, to permit counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri to attend at the judicial investigative hearing and examine the appellant under the proviso that they leave the hearing if information unrelated to the trial was elicited. The amended order further prohibited the accused from attending the hearing. Counsel were prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing to the public

modalités : (1) l'investigation devait se dérouler à huis clos; (2) l'appelant avait droit à un avocat; (3) l'interrogatoire devait être effectué par le procureur général; (4) l'appelant était tenu de répondre aux questions et de remettre les articles exigés par l'ordonnance, sous réserve de considérations relatives au droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges; (5) il était interdit à l'appelant de divulguer tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation; (6) aucun préavis ne serait donné aux accusés du procès Air India, à la presse et au public. Au moment de la signification de l'ordonnance, l'appelant devait être informé de son droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions, et qu'un mandat d'arrestation pourrait être décerné contre lui s'il omettait de se présenter ou de demeurer présent à l'investigation.

L'ordonnance enjoignait à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire le 20 mai 2003. Quelques temps avant cette date, les avocats de MM. Malik et Bagri ont appris par hasard l'existence de l'ordonnance et ont informé le juge en chef adjoint Dohm qu'ils souhaitaient présenter des observations. L'appelant a retenu les services d'un avocat et, le 16 juin 2003, le juge en chef adjoint Dohm a été avisé que l'appelant souhaitait contester la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*. Le juge en chef adjoint Dohm a ordonné que, sept jours plus tard, la juge Holmes entende toutes les observations en même temps. L'audition de la contestation de la constitutionnalité de l'art. 83.28 et de la demande d'annulation de l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm a commencé le 23 juin 2003.

La demande d'annulation de l'ordonnance a été rejetée et la juge Holmes a déposé ses motifs de jugement le 21 juillet 2003. L'ordonnance a cependant été modifiée de manière à permettre aux avocats de MM. Malik et Bagri de se présenter à l'investigation judiciaire et d'interroger l'appelant, à la condition qu'ils quittent la salle d'audience si des renseignements n'ayant rien à voir avec le procès étaient dévoilés. L'ordonnance modifiée interdisait en outre aux accusés de se présenter à l'investigation. Il était interdit aux avocats de divulguer au

and to the accused. The reasons for judgment were sealed.

public et aux accusés tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation. Les motifs du jugement ont été mis sous scellés.

19 Upon application, Holmes J. stayed the judicial investigative hearing on July 22, 2003 until September 2, 2003, so that the appellant could seek leave to appeal to this Court. The appeal is brought under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, as there is no provision in the *Code* for an appeal of a s. 83.28 order to a provincial court of appeal. On that date, Holmes J. delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment, dated July 21, 2003. She also stated that the examination of the appellant under s. 83.28 had not yet begun, and that the judicial investigative hearing had been adjourned pending leave to appeal to this Court.

Le 22 juillet 2003, la juge Holmes a accueilli une demande de suspension de l'investigation judiciaire jusqu'au 2 septembre 2003, afin de permettre à l'appelant de présenter à la Cour une demande d'autorisation de pourvoi. Le pourvoi est fondé sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, étant donné qu'aucune disposition du *Code* ne permet d'interjeter devant une cour d'appel provinciale un appel contre une ordonnance rendue en vertu de l'art. 83.28. Ce jour-là, au cours d'une audience publique, la juge Holmes a fait un résumé de ses motifs de jugement du 21 juillet 2003. Elle a aussi affirmé que l'appelant n'avait pas encore été interrogé en vertu de l'art. 83.28 et que l'investigation judiciaire avait été suspendue jusqu'à ce que la Cour ait statué sur sa demande d'autorisation de pourvoi.

20 On August 11, 2003, leave was granted for an appeal to this Court from the decision of Holmes J. The appeal was heard on December 10 and 11, 2003, and was held, in its entirety, in open court, subject to terms and conditions stated by the Chief Justice at the outset. During oral argument, counsel refrained from revealing the appellant's identity, and any material supporting the order for the judicial investigative hearing. Moreover, the appeal was not broadcast, contrary to the usual practice of the Court.

Le 11 août 2003, la Cour a autorisé la tenue du pourvoi formé contre la décision de la juge Holmes. Les 10 et 11 décembre 2003, elle a entendu en audience publique la totalité du pourvoi, sous réserve des modalités fixées, au départ, par la Juge en chef. Au cours des plaidoiries, les avocats se sont abstenus de révéler l'identité de l'appelant et de dévoiler tout document produit à l'appui de l'ordonnance d'investigation judiciaire. De plus, le pourvoi n'a pas été télédiffusé, contrairement à la pratique habituelle de la Cour.

B. *The Decision of Holmes J.*

B. *La décision de la juge Holmes*

21 In the publicly released synopsis of her reasons for judgment dated July 21, 2003, Holmes J. explained that the *in camera* proceedings she presided over concerned the interpretation, application, and constitutionality of s. 83.28 of the *Code*, the provision which provides for judicial investigative hearings in relation to terrorism offences: [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172. She stated that an order under s. 83.28 had been issued on May 6, 2003, requiring the appellant to attend for examination by the agent of the Attorney General, on the basis that the ordering judge had reasonable grounds for believing that a terrorism offence had occurred,

Dans le résumé — qu'elle a fait publiquement — de ses motifs de jugement du 21 juillet 2003, la juge Holmes a expliqué que les procédures à huis clos qu'elle avait présidées concernaient l'interprétation, l'application et la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*, qui prévoit la tenue d'investigations judiciaires pour les infractions de terrorisme : [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172. Elle a affirmé que le juge qui, le 6 mai 2003, s'était fondé sur l'art. 83.28 pour rendre une ordonnance enjoignant à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire mené par le représentant du procureur général avait des motifs

and that information in relation to that offence was likely to be obtained as a result of the judicial investigative hearing. Holmes J. further explained that the appellant is neither an accused, nor a suspect in the underlying terrorism offence. She stated that the terrorism offence under investigation was the two related Air India explosions discussed in the facts above.

Holmes J. canvassed six main issues, namely: (1) whether the order for the hearing could be validly issued in relation to a terrorism offence alleged to have been committed before s. 83.28 came into force; (2) whether the order in question was sufficiently specific; (3) whether s. 83.28 and the order violate the right to silence of the person required to attend for examination, including the right against self-incrimination; (4) whether s. 83.28 and the order breach the accused's fair trial rights by providing for pre-trial or mid-trial preparation or discovery for the Crown that is not available to the defence; (5) whether s. 83.28 interferes with the independence and impartiality of the judiciary; and (6) whether, if the order is valid and the judicial investigative hearing is to proceed, counsel for the accused are entitled to participate, and if so, to what extent.

Having considered each of these issues, Holmes J. concluded both that the order was validly issued and constitutionally sound. She determined further that while the participation of counsel at a judicial investigative hearing would be inappropriate in most cases, it was not inappropriate in this particular case, given the unusual circumstances. Consequently, counsel for the accused, as well as the Attorney General were entitled to examine the appellant. Holmes J. further stated that the hearing was subject to restrictions regarding the privacy and other rights and interests of the appellant, as well as regarding the integrity of the investigation.

raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme avait été commise et qu'il était probable que l'investigation judiciaire permettrait d'obtenir des renseignements relatifs à l'infraction. La juge Holmes a, en outre, expliqué que l'appellant n'est ni accusé ni soupçonné d'avoir commis l'infraction de terrorisme en cause. À son avis, l'infraction de terrorisme visée par l'investigation était liée aux deux explosions connexes des avions d'Air India mentionnées dans les faits exposés plus haut.

La juge Holmes a examiné six questions principales, à savoir : (1) L'ordonnance d'investigation pouvait-elle être validement rendue à l'égard d'une infraction de terrorisme qui aurait été commise avant l'entrée en vigueur de l'art. 83.28? (2) L'ordonnance en cause était-elle suffisamment précise? (3) L'article 83.28 et l'ordonnance portent-ils atteinte au droit de garder le silence de la personne tenue de se présenter pour subir un interrogatoire, notamment à son droit de ne pas s'incriminer? (4) L'article 83.28 et l'ordonnance porte-t-ils atteinte au droit des accusés à un procès équitable en permettant au ministère public, sans que la défense ne puisse elle-même le faire, de se préparer ou d'obtenir une communication de renseignements avant le procès ou au milieu de celui-ci? (5) L'article 83.28 compromet-il l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire? (6) Si l'ordonnance est valide et que l'investigation judiciaire doit avoir lieu, les avocats des accusés peuvent-ils y participer et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point?

Après avoir examiné chacune de ces questions, la juge Holmes a conclu que l'ordonnance était à la fois valide et constitutionnelle. Elle a décidé que, même si la participation des avocats à une investigation judiciaire est inappropriée dans la plupart des cas, elle ne l'était pas en l'espèce en raison des circonstances inhabituelles de l'affaire. Par conséquent, les avocats des accusés ainsi que le procureur général avaient le droit d'interroger l'appellant. La juge Holmes a ajouté que l'investigation était assujettie à des restrictions visant à protéger le droit à la vie privée et les autres droits et intérêts de l'appellant, ainsi qu'à préserver l'intégrité de l'enquête.

24

Holmes J. found additionally that, while the examination conducted under the order may have incidental effects on the continuing trial of the accused, the procedure was resorted to predominantly to further an ongoing investigation. Accordingly, she stated that her detailed reasons for judgment dated July 21, 2003 would remain sealed until the conclusion of the hearing or any contrary order of the court.

III. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

25

The relevant constitutional and legislative provisions are set forth in the appendix.

IV. Issues

26

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on August 28, 2003:

1. Does s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of judicial independence and impartiality guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
5. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of independence and impartiality established by the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

27

This appeal also raises the following additional issues:

1. Can s. 83.28 of the *Criminal Code* be applied retrospectively where the terrorism offences were committed in 1985, before the *Anti-terrorism Act* came into force?

La juge Holmes a, en outre, conclu que, même si l'interrogatoire effectué en vertu de l'ordonnance pouvait avoir une incidence sur le déroulement du procès des accusés, le recours à cette procédure visait avant tout à faire progresser une enquête en cours. Elle a donc déclaré que ses motifs de jugement détaillés du 21 juillet 2003 resteraient sous scellés jusqu'à la fin de l'investigation ou jusqu'à ce que le tribunal en décide autrement.

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes sont énoncées dans l'annexe.

IV. Questions en litige

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes, le 28 août 2003 :

1. L'article 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?
3. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires garantis par l'al. 11d) de la *Charte*?
4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?
5. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires établis dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le présent pourvoi soulève en outre les questions supplémentaires suivantes :

1. L'article 83.28 du *Code criminel* peut-il s'appliquer rétrospectivement dans le cas où l'infraction de terrorisme a été commise en 1985, avant l'entrée en vigueur de la *Loi antiterroriste*?

2. Can s. 83.28 be used for the purpose of pre-trial discovery of the evidence of the named person, a witness under subpoena by the Crown to attend and give evidence at the Air India trial?
 3. Was the order of Holmes J. contrary to s. 83.28 in that the order:
 - a) permitted the attendance at the *in camera* hearing of counsel for the accused Bagri and Malik;
 - b) permitted each defence counsel to cross-examine the witness in addition to counsel for the Crown;
 - c) required defence counsel to undertake not to disclose to the accused information received at the judicial investigative hearing?
2. L'article 83.28 peut-il être utilisé pour les besoins de la communication préalable au procès de la preuve de la personne désignée, que le ministère public avait assignée à se présenter et à témoigner au procès Air India?
 3. L'ordonnance de la juge Holmes contrevenait-elle à l'art. 83.28 du fait
 - a) qu'elle autorisait la présence, à l'audience à huis clos, des avocats des accusés Bagri et Malik;
 - b) qu'elle autorisait chaque avocat de la défense, en plus de l'avocat du ministère public, à contre-interroger le témoin;
 - c) qu'elle obligeait les avocats de la défense à promettre de ne pas divulguer aux accusés les renseignements obtenus au cours de l'investigation judiciaire?

V. Analysis

A. *Introduction*

The following recital to the Act expresses the basic issue before us in this case, namely the tension between responding to terrorism in the interest of national security and respect for the *Charter's* rights and freedoms:

WHEREAS the Parliament of Canada, recognizing that terrorism is a matter of national concern that affects the security of the nation, is committed to taking comprehensive measures to protect Canadians against terrorist activity while continuing to respect and promote the values reflected in, and the rights and freedoms guaranteed by, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

The provisions in the Act deal with a multitude of matters related to judicial investigative hearings, procedures, seizures, arrests, recognizance, detention, reporting and other topics: see S. A. Cohen, "Safeguards in and Justifications for Canada's New *Anti-terrorism Act*" (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99;

V. Analyse

A. *Introduction*

Le passage suivant du préambule de la Loi expose la question fondamentale dont nous sommes saisis en l'espèce, à savoir celle de la tension qui existe entre les mesures prises, au nom de la sécurité nationale, pour lutter contre le terrorisme, et le respect des droits et libertés garantis par la *Charte* :

Attendu :

que le Parlement du Canada, reconnaissant que le terrorisme est une question d'intérêt national qui touche la sécurité de la nation, s'engage à prendre des mesures exhaustives destinées à protéger les Canadiens contre les activités terroristes tout en continuant à promouvoir et respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les valeurs qui la sous-tendent;

Les dispositions de la Loi traitent d'une multitude de questions liées aux investigations judiciaires, aux procédures, aux saisies, aux arrestations, ainsi qu'aux engagements, à la détention, aux comptes rendus et à d'autres sujets: voir S. A. Cohen, « Safeguards in and Justifications for

M. L. Friedland, "Police Powers in Bill C-36", in R. J. Daniels, P. Macklem and K. Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (2001), 269. What we are faced with here are questions of both statutory and constitutional interpretation as applied to the facts of this case. As this is the first case under the anti-terrorism provisions, it is prudent to sound some cautionary notes before embarking upon our analysis.

Canada's *New Anti-terrorism Act* » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99; M. L. Friedland, « Police Powers in Bill C-36 », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (2001), 269. En l'espèce, nous sommes appelés à répondre à des questions d'interprétation tant législative que constitutionnelle à la lumière des faits de la présente affaire. Étant donné qu'il s'agit du premier cas visé par les dispositions en matière d'antiterrorisme, il est prudent de faire certaines mises en garde avant d'entreprendre notre analyse.

30 To begin with, although specific provisions of the Act are directly before us, there are other sections that may be implicated on which we do not wish to pronounce absent a factual foundation. As well, we intend to decide only what is necessary to resolve the specific dispute in issue. We hope otherwise, but there will likely be other cases to arise for further elucidation, and we prefer to await that development.

Pour commencer, bien que certaines dispositions précises de la Loi soient directement soumises à notre attention, il se peut que d'autres dispositions soient en cause, sur lesquelles nous ne souhaitons pas nous prononcer en l'absence de fondement factuel. De même, nous entendons nous prononcer uniquement sur ce qui est nécessaire pour régler le différend dont il est question en l'espèce. Bien que nous ne le souhaitons pas, il se présentera probablement d'autres cas qui nécessiteront des explications supplémentaires, et nous préférons attendre qu'ils se présentent pour apporter ces explications.

31 In addition, context in the law is of vital importance and that is certainly the case with respect to terrorism. What we say in these reasons is influenced by the adjudicative facts we have before us. Although constitutional opinion on legislative facts is a different exercise, again, we wish to emphasize how important it is to examine the particular factual setting of each case prior to determining the legally required result.

De plus, le contexte a certes en matière de terrorisme la même importance vitale qu'il a en droit. Les propos que nous tenons dans les présents motifs sont influencés par les faits en litige qui nous ont été soumis. Bien que la formulation d'une opinion constitutionnelle sur des faits législatifs soit un tout autre exercice, nous tenons, là encore, à souligner qu'il importe d'examiner le contexte factuel particulier de chaque affaire pour déterminer le résultat que commande la loi.

32 The issues on appeal are complex and, in many instances, interrelated. In the discussion that follows, we first consider the statutory and constitutional interpretation of s. 83.28. Next, we then discuss the retrospective application of the provision, the s. 7 right against self-incrimination, and the independence of the judiciary. We then turn to the use of the judicial investigative hearing as a tool for pre-trial discovery and its relationship with s. 11(d) of the *Charter* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. Finally, we discuss the role of the Crown

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont complexes et, dans biens des cas, liées entre elles. Dans l'analyse qui suit, nous examinons d'abord la question de l'interprétation constitutionnelle et législative de l'art. 83.28. Puis, nous traitons de l'application rétrospective de cette disposition, du droit de ne pas s'incriminer garanti par l'art. 7 et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Nous abordons ensuite la question du recours à l'investigation judiciaire en tant qu'outil d'interrogatoire préalable, et du lien qu'il a avec l'al. 11d) de la *Charte*

and the implications of the participation of counsel at the hearing.

B. *Statutory and Constitutional Interpretation Generally*

Before assessing the constitutionality of s. 83.28, it is necessary to determine the scope of the provision. This appeal marks the first known instance where the s. 83.28 judicial investigative hearing power has been invoked. While the judicial investigative hearing process has features akin to income tax and bankruptcy investigations, public inquiries, proceedings under the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.) (“*MLACMA*”), and coroner’s inquests, the provision in its entirety represents a new addition to the Canadian legal landscape.

The modern principle of statutory interpretation requires that the words of the legislation be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. This is the prevailing and preferred approach to statutory interpretation: see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26. The modern approach recognizes the multi-faceted nature of statutory interpretation. Textual considerations must be read in concert with legislative intent and established legal norms.

Underlying this approach is the presumption that legislation is enacted to comply with constitutional norms, including the rights and freedoms enshrined in the *Charter*: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 367. This presumption acknowledges the centrality of constitutional values in the

et le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, nous analysons le rôle du ministère public et les conséquences de la participation des avocats à l’investigation.

B. *L’interprétation législative et constitutionnelle en général*

Avant d’apprécier la constitutionnalité de l’art. 83.28, il est nécessaire de déterminer la portée de cet article. Il s’agit en l’espèce du premier cas connu où il est question du pouvoir, conféré par l’art. 83.28, d’ordonner la tenue d’une investigation judiciaire. Bien que le processus d’investigation judiciaire s’apparente, à certains égards, aux enquêtes en matière de faillite et d’impôt sur le revenu, aux enquêtes publiques, aux procédures fondées sur la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.) (« *LEJMC* »), et aux enquêtes du coroner, la disposition représente, dans son ensemble, une nouveauté dans le paysage juridique canadien.

De nos jours, le principe qui s’applique en matière d’interprétation législative veut que les termes d’une loi soient interprétés [TRANSDUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Cette méthode d’interprétation législative est privilégiée et la plus répandue : voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26. L’approche contemporaine tient compte de la nature diversifiée de l’interprétation législative. Les considérations relatives au texte doivent être interprétées de concert avec l’intention du législateur et les normes juridiques établies.

Cette approche est fondée sur la présomption que le texte législatif édicté respecte les normes constitutionnelles, y compris les droits et libertés consacrés par la *Charte* : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 367. Cette présomption reconnaît le rôle crucial des valeurs constitutionnelles dans le

33

34

35

legislative process, and more broadly, in the political and legal culture of Canada. Accordingly, where two readings of a provision are equally plausible, the interpretation which accords with *Charter* values should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66; and *Sharpe, supra*, at para. 33.

36 In light of these principles, we consider the purpose of the impugned s. 83.28 and the powers that are conferred by its application.

C. *The Scope of Section 83.28*

37 The Act was crafted as omnibus legislation with the effect of amending 16 statutes, including the *Code*, and implementing two separate United Nations Conventions concerning the financing of terrorism and the suppression of terrorist bombings, respectively. The legislation was introduced in Parliament on October 15, 2001, shortly after the events that unfolded in the United States on September 11, 2001. The Preamble to the Act, Parliamentary debates, and notes presented before the Special Senate Committee convened for discussion of Bill C-36 and before the House of Commons Justice and Human Rights Committee, provide insight into the purpose of the Act in general, and of s. 83.28 in particular. Where divergent views on the purpose of an Act are expressed, or where the scope of the purpose is called into question, extrinsic materials such as *Hansard* and other government publications may be used to elucidate meaning: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 25; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 45; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 17.

38 The Preamble to the Act speaks to the “challenge of eradicating terrorism”, the requirement for the “strengthening of Canada’s capacity to suppress, investigate and incapacitate terrorist activity”, and the need for legislation to “prevent

processus législatif et, de façon plus générale, dans la culture politique et juridique canadienne. Par conséquent, lorsqu’une disposition peut être interprétée de deux manières également plausibles, il y a lieu d’adopter l’interprétation qui est conforme aux valeurs de la *Charte* : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66; *Sharpe*, précité, par. 33.

C’est en fonction de ces principes que nous examinons l’objet de la disposition contestée, à savoir l’art. 83.28, et les pouvoirs qu’elle confère lorsqu’elle s’applique.

C. *La portée de l’art. 83.28*

La Loi a été rédigée sous forme de loi d’ensemble ayant pour effet de modifier 16 textes législatifs, dont le *Code*, et de mettre en œuvre deux conventions des Nations Unies concernant, respectivement, la répression du financement du terrorisme et celle des attentats terroristes à l’explosif. Elle a été déposée au Parlement le 15 octobre 2001, peu après les événements survenus aux États-Unis le 11 septembre 2001. Le préambule de la Loi, les débats parlementaires, les notes soumises au Comité sénatorial spécial sur le projet de loi C-36 et au Comité de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes permettent de saisir l’objet de la Loi en général et celui de l’art. 83.28 en particulier. Lorsque des opinions divergentes sont exprimées au sujet de l’objet de la Loi ou que la portée de cet objet est mise en cause, des documents extrinsèques comme le *Hansard* et les autres publications gouvernementales peuvent aider à en comprendre le sens : *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 25; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 45; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 17.

Le préambule de la Loi parle de l’« éradication [du terrorisme qui] pose un défi », de la nécessité d’« [accroître] la capacité du Canada de réprimer, de détecter et de désamorcer les activités terroristes » et des mesures législatives nécessaires pour

and suppress the financing, preparation, facilitation and commission of acts of terrorism". In Parliamentary debate at the introduction of Bill C-36, the Minister of Justice expressed the three main objectives of the legislation as suppressing the existence of terrorist groups, providing new investigative tools, and providing a tougher sentencing regime to incapacitate terrorists and terrorist groups: *House of Commons Debates*, vol. 137 1st Sess., 37th Parl., October 15, 2001, at p. 6048. In a similar vein, the Minister of Justice expressed the need for an enhanced legislative structure in response to terrorism before the Special Senate Committee: *Proceedings of the Special Senate Committee on Subject Matter of Bill C-36*, Issue No. 4, 1st Sess., 37th Parl., October 29, 2001, at pp. 4:4 *et seq.*

It was suggested in submissions that the purpose of the Act should be regarded broadly as the protection of "national security". However, we believe that this characterization has the potential to go too far and would have implications that far outstrip legislative intent. The discussions surrounding the legislation, and the legislative language itself clearly demonstrate that the Act purports to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. As we cautioned above, courts must not fall prey to the rhetorical urgency of a perceived emergency or an altered security paradigm. While the threat posed by terrorism is certainly more tangible in the aftermath of global events such as those perpetrated in the United States, and since then elsewhere, including very recently in Spain, we must not lose sight of the particular aims of the legislation. Notably, the Canadian government opted to enact specific criminal law and procedure legislation and did not make use of exceptional powers, for example under the *Emergencies Act*, R.S.C. 1985, c. 22 (4th Supp.), or invoke the notwithstanding clause at s. 33 of the *Charter*.

« prévenir et supprimer le financement, la préparation et la commission d'actes de terrorisme ». Au cours des débats ayant entouré le dépôt du projet de loi C-36 à la Chambre des communes, la ministre de la Justice a précisé que les trois principaux objectifs de la mesure législative étaient de mettre fin à l'existence des groupes terroristes, de fournir de nouveaux outils d'enquête et de prévoir un régime de peines plus sévères en vue de mettre hors d'état de nuire les terroristes et les groupes terroristes : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 15 octobre 2001, p. 6048. Dans le même ordre d'idées, elle a affirmé, devant le Comité sénatorial spécial, qu'il était nécessaire de renforcer la structure législative afin de lutter contre le terrorisme : *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, fascicule n° 4, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 octobre 2001, p. 4:4 et suiv.

Dans les observations soumises, on a indiqué qu'il faut généralement considérer que la Loi a pour objet d'assurer la « sécurité nationale ». Nous croyons toutefois que cette qualification risque d'aller trop loin et d'avoir des conséquences dépassant de beaucoup l'intention du législateur. Il ressort clairement des discussions l'ayant entouré et de son propre langage législatif que la Loi est censée fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme. Comme l'indique notre mise en garde ci-dessus, les tribunaux ne doivent pas se laisser influencer par une rhétorique issue d'une perception d'urgence ou d'une nouvelle conception de la sécurité. Quoique la menace du terrorisme soit certainement plus réelle au lendemain d'événements d'envergure mondiale comme ceux survenus aux États-Unis et ailleurs, par la suite, y compris ceux survenus tout récemment en Espagne, il ne faut pas perdre de vue les objectifs particuliers de la mesure législative. Le gouvernement du Canada a choisi notamment d'édicter des dispositions législatives particulières touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle, plutôt que de recourir à des pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.), ou d'invoquer la disposition de dérogation contenue à l'art. 33 de la *Charte*.

40 We conclude that the purpose of the Act is the prosecution and prevention of terrorism offences.

41 Section 83.28 provides for a two-stage process, whereby an order for the gathering of information from a named individual is first issued, and an examination of the individual so named is subsequently held. The provision provides a series of parameters which govern the judicial investigative hearing. At its core, s. 83.28 permits the investigation of terrorism offences, at both a pre- and post-charge stage through testimonial compulsion on the part of the named witness. Consequently, the purpose of the provision is to confer greater investigative powers upon the state in its investigation of terrorism offences.

42 The procedure is initiated at the behest of a peace officer who, with the Attorney General's consent, applies to a judge for an order for the gathering of information: s. 83.28(2) and (3). The judge may so order, and thereby initiate the hearing, if he or she is satisfied (a) that there are reasonable grounds to believe either that a terrorism offence has been committed and that information concerning the offence or concerning the whereabouts of a suspect is likely to be obtained; or (b) that there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed, that there are reasonable grounds to believe that the witness has direct and material information relating to the terrorism offence or in relation to the whereabouts of a suspect, and reasonable prior attempts have been made to obtain that information from the witness: s. 83.28(4). The scope of the order will ultimately dictate the parameters of the subsequent hearing.

43 Pursuant to s. 83.28(5), the judge may (a) order the examination, under oath or not, of the person named in the order (the "named person"); (b) order the named person to attend for the examination and to remain in attendance until excused by the presiding judge; (c) order the named person to bring to the examination anything in their possession or control and produce it to the presiding judge; (d) designate

Nous concluons que la Loi a pour objet de prévenir et de punir les infractions de terrorisme.

L'article 83.28 établit une procédure en deux étapes en vertu de laquelle une ordonnance autorisant la recherche de renseignements auprès d'une personne désignée est d'abord rendue et un interrogatoire de cette personne est ensuite effectué. La disposition assujettit l'investigation judiciaire à une série de paramètres. Essentiellement, l'art. 83.28 permet d'enquêter sur des infractions de terrorisme, avant et après le dépôt d'accusations, en contraignant à témoigner la personne visée par l'ordonnance. Par conséquent, la disposition a pour objet d'investir l'État de pouvoirs d'enquête plus étendus lorsqu'il est question d'une infraction de terrorisme.

La procédure est enclenchée lorsqu'un agent de la paix, qui a obtenu le consentement préalable du procureur général, demande à un juge de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements : par. 83.28(2) et (3). Le juge peut rendre l'ordonnance sollicitée et, par le fait même, amorcer l'investigation s'il est convaincu a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été commise et que des renseignements relatifs à cette infraction ou au lieu où se trouve un suspect sont susceptibles d'être obtenus, ou b) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le témoin a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme ou au lieu où se trouve un suspect, et que des efforts raisonnables ont déjà été déployés pour obtenir des renseignements auprès du témoin : par. 83.28(4). La portée de l'ordonnance déterminera en définitive les paramètres de l'investigation subséquente.

Aux termes du par. 83.28(5), le juge peut a) ordonner de procéder à l'interrogatoire, sous serment ou non, d'une personne visée par l'ordonnance (la « personne désignée »), b) ordonner à la personne désignée de se présenter pour l'interrogatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge qui préside, c) ordonner à la personne désignée d'apporter avec elle toute chose

another judge as the judge to preside over the examination; and (e) include any other terms or conditions considered desirable, including those for the protection of the named person, third parties, and an ongoing investigation. Under s. 83.28(7), the terms of the order may be varied.

The powers of the presiding judge and the Attorney General at the judicial investigative hearing itself also fall within the ambit of s. 83.28. Under s. 83.28(8), the named person must answer questions put to him or her by the Attorney General and produce tangibles he or she was ordered to bring to the examination. The named person may refuse to answer a question or produce any such thing that would violate any law relating to the non-disclosure of information or to privilege: s. 83.28(8). Section 83.28(9) empowers the presiding judge to rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or produce an item. Section 83.28(10) provides the named person with use and derivative use immunity with respect to self-incrimination which will be discussed below in the context of s. 7 of the *Charter*. The named person has a right to retain and instruct counsel at any stage of the proceedings: s. 83.28(11). The presiding judge may also order tangibles to be given into police custody if satisfied that any such item is relevant to the investigation of any terrorism offence: s. 83.28(12).

While the provision covers many facets of the initial order and the subsequent judicial investigative hearing, in important respects the specific meaning of s. 83.28 is unclear and ambiguous. In our opinion, s. 83.28 reasonably bears two differing interpretations: one narrow and restrictive in scope, the other broad and purposive. Two principal ambiguities are apparent on the face of the provision. The first concerns the role of counsel and the second relates to the threshold for relevance and admissibility. As we will now discuss, we endorse a broad and

qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside, d) désigner un autre juge pour présider l'interrogatoire, e) inclure les modalités qu'il estime indiquées, notamment quant à la protection de la personne désignée ou de tiers, ou quant à la protection d'une investigation en cours. Le paragraphe 83.28(7) permet de modifier les conditions de l'ordonnance.

Relèvent également du champ d'application de l'art. 83.28 les pouvoirs du juge qui préside l'investigation judiciaire elle-même et ceux du procureur général qui y participe. Aux termes du par. 83.28(8), la personne désignée doit répondre aux questions que lui pose le procureur général et remettre les choses exigées par l'ordonnance. La personne désignée peut refuser de répondre à une question ou de remettre quelque chose dans la mesure où la réponse qu'elle donnerait ou la remise qu'elle ferait violerait le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges : par. 83.28(8). Le paragraphe 83.28(9) habilite le juge qui préside à statuer sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose. Le paragraphe 83.28(10) accorde à la personne désignée l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la question de l'auto-incrimination qui sera analysée plus loin dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*. La personne désignée a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions en tout état de cause : par. 83.28(11). S'il est convaincu qu'une chose sera utile à l'enquête relative à une infraction de terrorisme, le juge qui préside peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de la police : par. 83.28(12).

Bien que la disposition vise maintes facettes de l'ordonnance initiale et de l'investigation judiciaire subséquente, le sens de l'art. 83.28 est, à certains égards importants, vague et ambigu. À notre avis, l'art. 83.28 peut raisonnablement recevoir deux interprétations différentes : l'une, stricte et de portée restrictive, l'autre, large et téléologique. Deux ambiguïtés principales ressortent à la lecture de la disposition. La première concerne le rôle de l'avocat et la seconde, le critère préliminaire de pertinence et d'admissibilité. Comme nous allons maintenant

purposive interpretation of s. 83.28, which accords with the presumption of constitutional validity discussed above.

le voir, nous sommes en faveur d'une interprétation large et téléologique de l'art. 83.28, qui soit conforme à la présomption de constitutionnalité analysée plus haut.

46

There is some ambiguity about the scope of the role of appellant's counsel in the judicial investigative hearing. Section 83.28(9) provides broadly that the presiding judge "shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing" (emphasis added). The preceding subsection, however, states that the named person may refuse to answer questions or produce tangibles based on the application of law related to non-disclosure of information or privilege: s. 83.28(8). Under a more narrow approach, it would appear that counsel for the witness is restricted to making objections only on these specified grounds. The proximity of subss. (8) and (9) lends support to this view, as does the omission of qualifying words to describe the scope of judicial rulings. In contrast, s. 83.28(12) expressly provides that upon the judge's satisfaction that "any thing produced during the course of the examination will likely be relevant to the investigation", he or she shall order it be given into police custody.

Le rôle que l'avocat de l'appelant est appelé à jouer au cours de l'investigation judiciaire est ambigu dans une certaine mesure. Le paragraphe 83.28(9) prévoit, de façon générale, que le juge qui préside « statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose » (nous soulignons). Le paragraphe précédent précise toutefois que la personne désignée peut refuser de répondre aux questions ou de remettre des choses en raison du droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges : par. 83.28(8). Selon une interprétation plus stricte, il semblerait que l'avocat du témoin ne puisse formuler des objections que pour ces motifs précis. La proximité des par. (8) et (9) vient étayer ce point de vue, tout comme l'absence de qualificatifs précisant la portée des décisions du juge. Par contre, le par. 83.28(12) prévoit expressément que, s'il est convaincu qu'« une chose remise pendant l'interrogatoire est susceptible d'être utile à l'enquête », le juge peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de la police.

47

A purposive reading of the provision, however, suggests that "any objection" as stated in s. 83.28(9) provides for more fulsome participation by counsel. Section 83.28(12) attaches a relevancy requirement to demands for production which implies that objections under s. 83.28(9) may be based on relevancy and s. 83.28(9) is not restricted to the grounds in s. 83.28(8). The relevancy requirement in s. 83.28(12), when s. 83.28 is viewed in its entirety, would also attach to the questioning of the named person. This Court has taken a similarly purposive approach to proceedings held under commissions of inquiry. Such proceedings have been analogized to the judicial investigative hearing provision in s. 83.28. In *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at para. 175, the Court stated that "the nature and the purpose of public inquiries require courts to give a generous interpretation to a commissioner's

Cependant, selon une interprétation téléologique de la disposition, l'expression « toute objection » figurant au par. 83.28(9) laisse entrevoir une participation plus complète de l'avocat. Le paragraphe 83.28(12) prévoit que la chose que l'on demande de remettre doit être utile, ce qui signifie que les objections formulées en vertu du par. 83.28(9) peuvent être fondées sur l'utilité de la chose sollicitée et que le champ d'application du par. 83.28(9) n'est pas limité aux motifs prévus au par. 83.28(8). Compte tenu de l'ensemble de l'art. 83.28, l'exigence d'utilité contenue au par. 83.28(12) s'appliquerait également à l'interrogatoire de la personne désignée. La Cour a adopté une interprétation téléologique semblable à l'égard des travaux des commissions d'enquête. Une analogie a été établie entre ces travaux et l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28. Dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, par. 175, la Cour a affirmé

powers to control their own proceedings” (emphasis added).

Such an interpretive approach is further supported by the wide ambit given to the ordering judge to set such terms and conditions as he or she considers desirable: s. 83.28(5)(e). The provision expressly provides that terms and conditions may be set for the protection of the named person’s interests, the interests of third parties, and the interests of the investigation. Section 83.28(7) also provides for the ordering judge or any other judge of the same court to vary the terms and conditions set. The inclusion of such a broad power to amend the order empowers the ordering and/or hearing judge to respond flexibly to the specific circumstances of each application of the provision, and ensure that constitutional and common law rights and values are respected. Such a view of the provision would reasonably demarcate irrelevant or abusive questioning of the named person as falling far outside the parameters set by the legislature.

While the specific content of judicial independence will be discussed later in the reasons, the judicial aspect of the hearing is relevant to the interpretive approach taken at the outset. Section 83.28 operates under the aegis of a judge. We consider that the participation of judges in s. 83.28 brings with it all that our justice system imparts into the judicial function.

Another aspect of ambiguity concerns the procedural threshold where “information” is sought, as opposed to evidence: s. 83.28(2). It was put to us that this choice in wording was deliberate and reflects legislative intention that a lower threshold of relevance and admissibility applies in judicial investigative hearings than that usually applied in criminal proceedings. To this end, the *MLACMA*

qu’« étant donné la nature et l’objet des enquêtes publiques, les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires [. . .] pour la conduite de leurs travaux » (nous soulignons).

Cette interprétation est également étayée par la grande latitude dont le juge qui rend l’ordonnance dispose pour établir les modalités qu’il estime indiquées : al. 83.28(5)e). La disposition prévoit expressément qu’il peut établir des modalités quant à la protection des droits de la personne désignée et de ceux des tiers, et quant à la protection de l’investigation. Le paragraphe 83.28(7) permet en outre au juge qui a rendu l’ordonnance ou à un autre juge du même tribunal de modifier les conditions établies. Grâce à l’inclusion de ce pouvoir général de modifier l’ordonnance, le juge qui rend l’ordonnance ou qui préside l’investigation dispose, dans chaque cas, de la latitude nécessaire pour tenir compte du contexte particulier dans lequel s’applique la disposition et pour assurer le respect des droits et des valeurs reconnus par la Constitution et la common law. Cette interprétation de la disposition aurait raisonnablement pour effet d’écarter l’interrogatoire abusif ou inutile de la personne désignée pour le motif qu’il déborde les paramètres établis par le législateur.

Alors que le contenu exact du principe de l’indépendance judiciaire sera analysé plus loin dans les présents motifs, il reste que l’aspect judiciaire de l’investigation est pertinent en ce qui concerne la méthode d’interprétation adoptée au départ. L’application de l’art. 83.28 est supervisée par un juge. Nous considérons que la participation des juges à l’application de l’art. 83.28 s’accompagne de tout ce que notre système de justice rattache à la fonction judiciaire.

Un autre élément d’ambiguïté tient au critère procédural préliminaire qui s’applique lorsque l’on recherche des « renseignements » et non pas des éléments de preuve : par. 83.28(2). On nous a fait valoir que le choix de ce terme était délibéré et qu’il témoigne de l’intention du législateur d’appliquer aux investigations judiciaires un critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité moins strict

48

49

50

was cited for the proposition that s. 83.28 would make express provision for the operation of evidentiary rules if these were meant to apply. Section 22.2 of the *MLACMA* states expressly that those rules of evidence and procedure apply to the examination of a witness as dictated by the jurisdiction to which assistance is being provided. However, the need for clarity in the *MLACMA* is quite obvious given potential conflicts of laws.

que celui qui s'applique habituellement en matière criminelle. À cet égard, la *LEJMC* a été citée à l'appui de la proposition selon laquelle, si les règles de preuve devaient s'appliquer, l'art. 83.28 le prévoirait expressément. L'article 22.2 *LEJMC* précise que les règles de preuve et de procédure qui s'appliquent à l'interrogatoire d'un témoin sont celles du ressort qui reçoit l'aide. Toutefois, le besoin de clarifier la *LEJMC* est fort évident en raison des possibilités de conflit de lois.

51

In considering the threshold of relevance and admissibility in relation to information gathering under s. 83.28, we note that the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“*CEA*”), applies generally to “all criminal proceedings and to all civil proceedings and other matters whatever respecting which Parliament has jurisdiction” (s. 2). In the context of *Charter* interpretation, “proceedings” has been given large and liberal interpretation and taken to include both adjudicative and investigative processes: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 481. In *Thomson*, regulatory investigations were held to be within the ambit of “proceeding”. Applying this reasoning to the case at bar, Part I of the *CEA* may reasonably be viewed as applying to judicial investigative hearings. Consequently, the named person is entitled to protections such as: spousal privilege (s. 4(3)), procedures concerning cross-examination of adverse witnesses (s. 9), and cross-examination in relation to prior statements (ss. 10 and 11).

En examinant le critère préliminaire de pertinence et d'admissibilité applicable à la recherche de renseignements fondée sur l'art. 83.28, nous remarquons que la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), s'applique généralement à « toutes les procédures pénales et civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de compétence fédérale » (art. 2). Dans le contexte de l'interprétation de la *Charte*, le terme « procédures » a reçu une interprétation large et libérale et a été considéré comme visant à la fois les poursuites judiciaires et les enquêtes : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 481. Dans l'arrêt *Thomson*, la Cour a jugé que les enquêtes réglementaires étaient visées par le mot « procédures ». Si on applique ce raisonnement à la présente affaire, on peut raisonnablement considérer que la partie I de la *LPC* s'applique aux investigations judiciaires. Par conséquent, la personne désignée a droit aux protections que lui offrent notamment le privilège relatif aux conjoints (par. 4(3)), les procédures concernant le contre-interrogatoire des témoins opposés (art. 9) et le contre-interrogatoire portant sur des déclarations antérieures (art. 10 et 11).

52

The more important rules of evidence, however, are to be found in the common law and not in statutory instruments. Relevance is a common law rule that we conclude applies to judicial investigative hearings. The boundaries of relevance will be dictated in large measure by the supporting materials for the s. 83.28 order for the gathering of information, as well as by the investigatory nature of the proceeding. The latter may increase the scope of

Toutefois, les plus importantes règles de preuve émanent de la common law et non de textes réglementaires. La pertinence est une règle de common law que nous jugeons applicable aux investigations judiciaires. Les limites de la pertinence sont dictées, dans une large mesure, par la documentation soumise à l'appui de la demande d'ordonnance autorisant la recherche de renseignements prévue à l'art. 83.28, ainsi que par la nature inquisitoire de l'acte

the allowable questioning, but must be kept within reasonable bounds by the judicial nature of the investigative hearing and all of the procedural protections that the oversight of a judge implies.

Accordingly, the observance of the applicable common law rules of evidence is mandatory. More importantly, the judge is present at the judicial investigative hearing to ensure that the procedure is carried out in accordance with constitutional protections.

To conclude on these points, a narrow, restrictive view of s. 83.28 does not resolve ambiguities in favour of the presumption of constitutionality discussed earlier. However, when viewed purposively, the judicial investigative proceeding can be viewed as a criminal proceeding, albeit unique in its application. The common law evidentiary principles of relevance and fairness clearly apply to the provision, as do evidentiary requirements mandated by the *CEA*. Consequently we find no ground at the interpretive stage to conclude that the presumption of constitutionality has been rebutted.

D. Discussion of Issues

(1) Retrospectivity

The appellant submits that s. 83.28 ought not to apply retrospectively to incidents that occurred prior to its enactment. In support of this contention, the appellant argues that judicial investigative hearings are not strictly procedural as they essentially create new offences by operation of the triggering “terrorism offence” definition, and therefore are substantive in nature. Moreover, the appellant asserts that s. 83.28 affects fundamental rights, such as a right to silence under s. 7 of the *Charter*. With respect, we do not agree. We find that s. 83.28 effects only procedural change.

de procédure. Ce dernier peut repousser les limites de l’interrogatoire acceptable, qui doivent cependant demeurer raisonnables en raison de la nature judiciaire de l’investigation et de l’ensemble des protections procédurales qu’implique la supervision par un juge.

Par conséquent, l’observation des règles de preuve applicables en common law est obligatoire. Qui plus est, la présence du juge à l’investigation judiciaire vise à assurer un déroulement conforme aux garanties constitutionnelles.

Pour conclure sur ces points, une interprétation stricte et restrictive de l’art. 83.28 ne permet pas d’éliminer les ambiguïtés d’une manière favorable à la présomption de constitutionnalité analysée plus haut. Cependant, selon une interprétation téléologique, l’investigation judiciaire peut être considérée comme une instance criminelle, en dépit de son caractère unique. Les principes de pertinence et d’équité dont la common law requiert l’application en matière de preuve s’appliquent manifestement à la disposition, tout comme les exigences en matière de preuve prescrites par la *LPC*. Par conséquent, rien ne nous permet de conclure, à l’étape de l’interprétation, que la présomption de constitutionnalité a été réfutée.

D. Analyse des questions en litige

(1) Rétrospectivité

L’appellant soutient que l’art. 83.28 ne doit pas s’appliquer rétrospectivement à des faits survenus avant son adoption. Il fait valoir, à l’appui de cet argument, que les investigations judiciaires ne sont pas strictement procédurales, étant donné qu’elles créent essentiellement de nouvelles infractions en raison de la définition de l’« infraction de terrorisme » qui les déclenche et qu’elles sont donc de nature substantielle. L’appellant ajoute que l’art. 83.28 touche à des droits fondamentaux, tel le droit de garder le silence garanti par l’art. 7 de la *Charte*. En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. Nous concluons que l’art. 83.28 traduit seulement une évolution procédurale.

53

54

55

56

As expressed in Sullivan, *supra*, at p. 582, procedural legislation concerns the conduct of actions. Accordingly, s. 83.28 is *prima facie* procedural, as it outlines the process by which judicial investigative hearings are to be carried out. Nevertheless, an assessment of whether a provision is procedural or not must be determined in the circumstances of each case. Furthermore, for a provision to be regarded as procedural, it must be exclusively so: *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256. We now consider whether s. 83.28 is procedural in substance and in effect.

Comme le dit Sullivan, *op. cit.*, p. 582, les lois en matière de procédure portent sur la façon d'intenter des actions. L'article 83.28 est donc, à première vue, de nature procédurale, car il expose la façon de procéder à une investigation judiciaire. Néanmoins, la question de savoir si une disposition est de nature procédurale doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque affaire. De plus, pour qu'une disposition soit considérée comme étant de nature procédurale, elle doit toucher exclusivement la procédure : *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256. Nous passons maintenant à la question de savoir si l'art. 83.28 est de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets.

57

Driedger and Sullivan generally describe procedural law as "law that governs the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings": Sullivan, *supra*, at p. 583. Within this rubric, rules of evidence are usually considered to be procedural, and thus to presumptively apply immediately to pending actions upon coming into force: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. However, where a rule of evidence either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. Examples of such rules include solicitor-client privilege and legal presumptions arising out of particular facts.

Driedger et Sullivan qualifient généralement le droit procédural de [TRADUCTION] « droit régissant les moyens de prouver des faits et d'établir des conséquences juridiques dans tout genre d'instance » : Sullivan, *op. cit.*, p. 583. À ce chapitre, les règles de preuve sont habituellement considérées comme étant de nature procédurale et sont donc présumées s'appliquer aux actions en cours dès leur entrée en vigueur : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Toutefois, si une règle de preuve crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n'a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Parmi ces règles, il y a le privilège avocat-client et les présomptions légales émanant de faits particuliers.

58

As discussed above, s. 83.28 provides for a process in which various rules of evidence are detailed. The appellant's concerns with the nature of the provision arise largely with respect to the "terrorism offence" referenced in s. 83.28(4). The definition of "terrorism offence" is not before us in this appeal. However, it is necessary here to consider whether the application of that definition in relation to s. 83.28 creates a "substantive gloss" on the provision. In our view, the reference to "terrorism offence" does not alter the procedural nature of the provision.

Comme nous l'avons vu, l'art. 83.28 établit une procédure dans laquelle diverses règles de preuve sont exposées en détail. Les préoccupations de l'appelant relatives à la nature de la disposition ont trait, dans une large mesure, à l'« infraction de terrorisme » mentionnée au par. 83.28(4). La définition de l'« infraction de terrorisme » n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Cependant, il faut ici se demander si l'application de cette définition au regard de l'art. 83.28 donne une « connotation substantielle » à la disposition. À notre avis, la mention d'une « infraction de terrorisme » ne change rien à la nature procédurale de la disposition.

The term “terrorism offence” is defined in s. 2 of the *Code* that creates new offences under para. (a), but also refers to pre-existing offences under paras. (b) and (c). Neither s. 83.28 nor the definition in s. 2 alters the substantive elements of these offences. Clearly, the offences listed under paras. (b) and (c) are not substantively new because they were present prior to the enactment of the anti-terrorism provisions. We agree with Holmes J.’s characterization of a “terrorism offence” as “a descriptive compendium of offences created elsewhere in the *Criminal Code*”. The mere association of such offences with a “terrorist group” or “terrorist activity” does not constitute a substantive change in the law so as to transform the procedural nature of s. 83.28 into a substantive one.

Below, we discuss in detail the merits of the appellant’s submission on a s. 7 *Charter* right to silence/right against self-incrimination, which we find not to have been violated by the judicial investigative hearing. As a related argument, the appellant further submits that, in relation to retrospectivity, the violation of the same right to silence precludes s. 83.28 from taking retrospective effect. This argument must fail. It suffices to state here that while the judicial investigative hearing may generate information pertaining to an offence (and indeed, this is the purpose of the hearing), the hearing itself remains procedural. In the manner of other procedural tools such as DNA and wiretap authorizations, s. 83.28 provides a mechanism for the gathering of information and evidence in the ongoing investigation of past, present, and future offences.

Having found that s. 83.28 is purely procedural in nature, we turn to consider whether the presumption of immediate effect has been rebutted.

At common law, procedural legislation presumptively applies immediately and generally to both pending and future acts. As Sullivan, *supra*,

L’expression « infraction de terrorisme » est définie à l’art. 2 du *Code* qui, à l’al. a), crée de nouvelles infractions, mais qui, aux al. b) et c), mentionne également des infractions déjà existantes. Ni l’art. 83.28 ni la définition de l’art. 2 ne modifient les éléments substantiels de ces infractions. De toute évidence, les infractions énumérées aux al. b) et c) ne sont pas nouvelles sur le plan du fond car elles existaient avant l’adoption des dispositions en matière d’antiterrorisme. Nous sommes d’accord avec la juge Holmes pour qualifier l’« infraction de terrorisme » de [TRADUCTION] « compendium descriptif d’infractions créées ailleurs dans le *Code criminel* ». Le simple fait d’associer ces infractions à un « groupe terroriste » ou à une « activité terroriste » ne constitue pas une modification substantielle de la loi qui fait passer de procédurale à substantielle la nature de l’art. 83.28.

Nous procédons plus loin à une analyse détaillée du bien-fondé de l’argument de l’appelant relatif au droit de garder le silence et de ne pas s’incriminer garanti par l’art. 7 de la *Charte*, auquel, concluons-nous, l’investigation judiciaire n’a pas porté atteinte. À titre d’argument connexe, l’appelant ajoute qu’en ce qui concerne la rétrospectivité, l’atteinte portée à ce même droit de garder le silence empêche l’art. 83.28 de s’appliquer rétrospectivement. Cet argument ne saurait être retenu. Il suffit de dire ici que, bien qu’elle puisse permettre d’obtenir des renseignements relatifs à une infraction (ce qui, en fait, correspond à son objet), l’investigation judiciaire elle-même reste de nature procédurale. À l’instar d’autres outils procéduraux, telles les empreintes génétiques et les autorisations d’écoute électronique, l’art. 83.28 offre un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d’une enquête portant sur des infractions passées, présentes et futures.

Après avoir conclu que l’art. 83.28 est de nature purement procédurale, nous allons maintenant examiner si la présomption de prise d’effet immédiate a été réfutée.

En common law, les mesures législatives procédurales sont présumées s’appliquer immédiatement et généralement aux actes pour lesquels leur

59

60

61

62

discusses at p. 582, the presumption of immediate application has been characterized in a number of ways: that there is no vested right in procedure; that the effect of a procedural change is deemed beneficial for all; that procedural provisions are an exception to the presumption against retrospectivity; and that procedural provisions are ordinarily intended to have immediate effect. The rule has long been formulated in the following terms:

... where the enactment deals with procedure only, unless the contrary is expressed, the enactment applies to all actions, whether commenced before or after the passing of the Act.

(*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96; see also Sullivan, *supra*, at p. 582.)

63 This presumption will yield where the contrary intent of Parliament has been evinced: *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, at p. 235.

64 On this point, the appellant submits that the legislative intent of Parliament precludes retrospective effect given the preventive focus of the anti-terrorism legislation. In support, the appellant notes that the Act is silent on the issue of temporal application in contrast with s. 487.052 of the *Code*, which expressly provides for retrospective application in the context of DNA identification.

65 The appellant's arguments on this point are not compelling. While the prevention of future acts of terrorism was undoubtedly a primary legislative purpose in the enactment of the provision, as discussed earlier, it does not follow that Parliament intended for procedural bifurcation respecting past acts of terrorism *vis-à-vis* anticipated or future acts. The provision itself provides for judicial investigative hearings to be held both before and after the commission of a terrorism offence under s. 83.28(4)(a) and (b). While the legislation is not express on the issue of temporal application, the purpose and effect of the inclusion of

auteur est en train de subir son procès et aux actes futurs. Comme l'indique Sullivan, *op. cit.*, p. 582, la présomption d'application immédiate a fait l'objet de nombreuses descriptions voulant notamment qu'il n'existe aucun droit acquis en matière de procédure, qu'une évolution procédurale soit réputée avantageuse pour tous, que les dispositions procédurales fassent exception à la présomption de non-rétrospectivité et que les dispositions procédurales doivent normalement prendre effet immédiatement. La règle a longtemps été formulée ainsi :

[TRADUCTION] ... lorsque le texte législatif ne touche qu'à la procédure, il s'applique, sauf indication contraire, à toutes les actions intentées avant ou après son adoption.

(*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96; voir aussi Sullivan, *op. cit.*, p. 582.)

Cette présomption cédera le pas à l'intention contraire exprimée par le législateur : *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, p. 235.

À ce sujet, l'appelant soutient que l'intention du législateur empêche la mesure législative antiterroriste de s'appliquer rétrospectivement étant donné qu'elle est axée sur la prévention. À l'appui de cet argument, l'appelant souligne que la Loi est muette en ce qui concerne sa date de prise d'effet, contrairement à l'art. 487.052 du *Code* qui précise qu'il s'applique rétrospectivement en matière d'identification par les empreintes génétiques.

Les arguments de l'appelant sur ce point ne sont pas convaincants. Bien que, comme nous l'avons déjà vu, la prévention de futurs actes de terrorisme ait sans doute été l'un des objectifs législatifs principaux de l'adoption de la disposition en cause, cela ne signifie pas pour autant que le législateur a voulu créer une division procédurale entre les actes de terrorisme passés et les actes de terrorisme appréhendés ou futurs. La disposition elle-même prévoit qu'il est possible de procéder à une investigation judiciaire avant et après la commission d'une infraction de terrorisme visée par les al. 83.28(4)(a) et b). Quoique la mesure législative ne soit pas

s. 83.28(4)(a) indicate that Parliament intended that the provision may be applied retrospectively.

For the reasons above, s. 83.28 does not interfere with the substantive rights of the appellant, and is, accordingly, strictly procedural. The appellant has not rebutted the presumption of immediate application. As such, s. 83.28 has immediate effect, and applies retrospectively to the effects of past events.

(2) Section 7 of the Charter

(a) General Approach to Section 7

Statutory compulsion to testify engages liberty interests under s. 7 of the *Charter*: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 28; see also *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 33; *Thomson*, *supra*, at p. 536. The encroachment upon liberty is complete at the moment of the compelled speech, regardless of its character: *S. (R.J.)*, at para. 43. Individuals named in an order under s. 83.28(5) may be required to attend at a hearing, be examined under oath, and be required to produce any thing in their possession. Moreover, under s. 83.29, such individuals may be imprisoned for evasion of service, or failure to attend or remain at the examination. Section 83.28 also attracts the ordinary laws of contempt of court in relation to a failure to answer questions, and potential liability for offences relating to perjury. Given these consequences, the judicial investigative hearing provision clearly engages s. 7 liberty interests.

This Court has very recently affirmed the approach to principles of fundamental justice encapsulated in s. 7 of the *Charter*: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4. In *Canadian Foundation*,

explicite en ce qui concerne sa date de prise d'effet, l'objet et l'effet de l'inclusion de l'al. 83.28(4)a indiquent que le législateur a voulu que cette disposition puisse s'appliquer rétroactivement.

Pour les motifs susmentionnés, l'art. 83.28 ne porte pas atteinte aux droits substantiels de l'appellant et est donc de nature strictement procédurale. L'appellant n'a pas réfuté la présomption d'application immédiate. Par conséquent, l'art. 83.28 prend effet immédiatement et s'applique rétroactivement aux répercussions d'événements passés.

(2) L'article 7 de la Charte

a) Interprétation générale de l'art. 7

La contrainte légale à témoigner fait intervenir le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 28; voir aussi *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 33; *Thomson*, précité, p. 536. L'atteinte à la liberté est complète au moment du discours forcé, quelle qu'en soit la nature : *S. (R.J.)*, par. 43. Aux termes du par. 83.28(5), les personnes visées par une ordonnance peuvent être tenues de se présenter à une investigation, interrogées sous serment et obligées de remettre toute chose qu'elles ont en leur possession. L'article 83.29 prévoit, en outre, que ces personnes pourront être incarcérées si elles se soustraient à la signification ou si elles ne se présentent pas ou ne demeurent pas présentes à l'interrogatoire. En plus de donner lieu à l'application des lois ordinaires en matière d'outrage au tribunal lorsqu'il y a défaut de répondre aux questions, l'art. 83.28 fait aussi en sorte que l'auteur d'une infraction liée au parjure risque de voir sa responsabilité engagée à cet égard. Vu ces conséquences, la disposition relative à l'investigation judiciaire fait clairement intervenir le droit à la liberté garanti par l'art. 7.

La Cour a tout récemment confirmé la façon d'interpréter les principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 de la *Charte* : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4. Dans l'arrêt *Canadian Foundation*,

66

67

68

at para. 8, the Chief Justice summarized the approach thus:

Jurisprudence on s. 7 has established that a “principle of fundamental justice” must fulfill three criteria: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it “provides meaningful content for the s. 7 guarantee”; second, it avoids the “adjudication of policy matters”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws.

(b) *The Right to Silence/The Right Against Self-Incrimination*

69

The appellant contends that s. 83.28 is a violation of an individual’s absolute right to silence and the right against self-incrimination. However, in this context, the right to silence is inextricably tied to the right against self-incrimination. Accordingly, we address the argument under the s. 7 right against self-incrimination. For the reasons that follow, we conclude that the appellant’s s. 7 rights have not been infringed, whether through the protection against self-incrimination, or through a broader right to silence.

70

This Court has recognized that the right against self-incrimination is a principle of fundamental justice: *S. (R.J.)*, *supra*, at para. 95; *Branch*, *supra*; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73. In *Jarvis*, at para. 67, the right against self-incrimination was described as “an elemental canon of the Canadian

par. 8, la Juge en chef résume ainsi ce mode d’interprétation :

La jurisprudence relative à l’art. 7 a établi qu’un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s’agir d’un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D’une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 »; d’autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui soutiennent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.

b) *Le droit de garder le silence et le droit de ne pas s’incriminer*

L’appelant prétend que l’art. 83.28 porte atteinte au droit absolu d’une personne de garder le silence et à son droit de ne pas s’incriminer. Cependant, dans le contexte de la présente affaire, le droit de garder le silence est inextricablement lié au droit de ne pas s’incriminer. Par conséquent, nous abordons l’argument sous l’angle du droit de ne pas s’incriminer que garantit l’art. 7. Pour les raisons qui suivent, nous concluons qu’il n’y a eu aucune atteinte aux droits que l’art. 7 garantit à l’appelant, que ce soit sous forme de protection contre l’auto-incrimination ou de droit général de garder le silence.

La Cour a reconnu que le droit de ne pas s’incriminer est un principe de justice fondamentale : *S. (R.J.)*, précité, par. 95; *Branch*, précité; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73. Au paragraphe 67 de l’arrêt *Jarvis*, le droit de ne pas s’incriminer est décrit comme une « règle essentielle du

criminal justice system". It has further been recognized in relation to the principle of individual sovereignty and as an assertion of human freedom: *S. (R.J.)*, *supra*, at para. 81; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 248-49; and *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 43. Having recognized the centrality of the principle in Canadian law, this Court's jurisprudence has further articulated general principles regarding the relationship of self-incrimination to criminal law more broadly. To this end, testimonial compulsion has been invariably linked with evidentiary immunity. Beginning in *S. (R.J.)*, *supra*, and continuing in *Branch*, *supra*, *Phillips*, *supra*, and *Jarvis*, *supra*, the more recent jurisprudence of our Court on self-incrimination developed such that three procedural safeguards emerged: use immunity, derivative use immunity, and constitutional exemption.

Use immunity serves to protect the individual from having the compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding. The derivative use protection insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means. The constitutional exemption provides a form of complete immunity from testifying where proceedings are undertaken or predominately used to obtain evidence for the prosecution of the witness. Together these necessary safeguards provide the parameters within which self-incriminating testimony may be obtained. It is against this backdrop that s. 83.28 must be assessed.

Section 83.28(10) provides both use and derivative use immunity to the individual named in an order for the gathering of information. Section 83.28(10)(a) provides that no answer given or thing produced shall be used or received against any criminal proceedings against that person, save prosecution for perjury or giving contradictory evidence. Derivative use immunity is provided for in s. 83.28(10)(b). Indeed, the protection in para. (b) goes beyond the requirements in the jurisprudence, and

système de justice criminelle au Canada ». Ce droit a en outre été associé au principe de la souveraineté de l'individu et défini comme une affirmation de la liberté humaine : *S. (R.J.)*, précité, par. 81; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 248-249; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 43. Après avoir reconnu le rôle crucial de ce principe en droit canadien, la Cour a, dans sa jurisprudence, formulé des principes généraux au sujet du lien qui existe entre l'auto-incrimination et le droit criminel en général. Ce faisant, elle a constamment relié la contrainte à témoigner à l'immunité relative à la preuve. À commencer par l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, jusqu'aux arrêts *Branch*, *Phillips* et *Jarvis*, précités, la jurisprudence la plus récente de la Cour en matière d'auto-incrimination a évolué au point où trois garanties procédurales ont vu le jour : l'immunité contre l'utilisation de la preuve, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'exemption constitutionnelle.

L'immunité contre l'utilisation de la preuve empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d'autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d'autres moyens. L'exemption constitutionnelle confère une forme de droit absolu de ne pas témoigner lorsque les procédures engagées visent ou servent essentiellement à recueillir des éléments de preuve qui permettront de poursuivre le témoin. Ensemble, ces garanties nécessaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels un témoignage incriminant peut être obtenu. C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier l'art. 83.28.

Le paragraphe 83.28(10) accorde à la personne visée par une ordonnance autorisant la recherche de renseignements l'immunité contre l'utilisation de la preuve ainsi que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'alinéa 83.28(10)a) prévoit que la réponse donnée ou la chose remise par une personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans des poursuites criminelles, sauf dans le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée

provides absolute derivative use immunity, such that evidence derived from the evidence provided at the judicial investigative hearing may not be presented in evidence against the witness in another prosecution even if the Crown is able to establish, on a balance of probabilities, that it would have inevitably discovered the same evidence through alternative means. The constitutional exemption is provided for in this case in light of the ordinary application of the principle asserted in *Jarvis, supra*, at para. 96, that testimonial compulsion is precluded where the predominant purpose of the proposed hearing is the determination of penal liability. There is no reason to believe that the predominant purpose of the judicial investigative hearing before us is to obtain information or evidence for the prosecution of the appellant.

73

It is clear from the above discussion that the procedural protections available to the appellant in relation to the judicial investigative hearing are equal to and, in the case of derivative use immunity, greater than the protections afforded to witnesses compelled to testify in other proceedings, such as criminal trials, preliminary inquiries or commission hearings. However, s. 83.28(10) provides for such safeguards only in the context of “any criminal proceedings”. The legislation does not speak to safeguards in relation to other types of hearings, such as extradition or deportation hearings, or proceedings in foreign jurisdictions.

74

The international scope of terrorism activities and the inter-jurisdictional ambit of terrorism investigation raise grave concerns about potential uses of information gathered pursuant to s. 83.28(10): D. M. Paciocco, “Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, at p. 231. Compelled testimony obtained pursuant to s. 83.28 may potentially be used against individuals in extradition hearings, and subsequently passed on to foreign authorities for use in prosecution abroad: see J. Millard,

est prévue à l’al. 83.28(10)b). En fait, la protection accordée par l’al. b) déborde les exigences de la jurisprudence et confère une immunité absolue contre l’utilisation de la preuve dérivée, de sorte que la preuve émanant du témoignage livré à l’investigation judiciaire ne peut être produite contre le témoin dans d’autres poursuites, même si le ministère public est en mesure d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il aurait inévitablement découvert cette preuve par d’autres moyens. L’exemption constitutionnelle découle en l’espèce de l’application normale du principe énoncé au par. 96 de l’arrêt *Jarvis*, précité, selon lequel la contrainte à témoigner est interdite lorsque l’audience projetée a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale. Rien ne permet de croire que l’investigation judiciaire dont il est question en l’espèce a pour objet prédominant d’obtenir des renseignements ou des éléments de preuve qui permettront de poursuivre l’appellant.

L’analyse qui précède montre clairement que les garanties procédurales dont l’appellant peut se prévaloir en ce qui concerne l’investigation judiciaire sont équivalentes et, dans le cas de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, supérieures à celles dont jouissent les témoins contraints à témoigner dans d’autres procédures, comme les procès criminels, les enquêtes préliminaires ou les audiences de commissions. Toutefois, le par. 83.28(10) prévoit que ces garanties ne s’appliquent que dans le cadre de « poursuites criminelles ». La disposition législative ne parle pas de garanties applicables à d’autres types d’audiences, comme celles en matière d’extradition ou d’expulsion ou encore les procédures dans un ressort étranger.

La portée internationale des activités terroristes et des enquêtes sur le terrorisme suscite de graves inquiétudes au sujet des utilisations qui peuvent être faites des renseignements obtenus conformément au par. 83.28(10) : D. M. Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, p. 231. Le témoignage forcé obtenu conformément à l’art. 83.28 peut éventuellement être utilisé contre un individu lors d’une audience en matière d’extradition et, par la suite, transmis à des autorités

“Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act*” (2002), 60(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 79, at p. 81. Such testimony may also be used against non-citizens in deportation hearings under s. 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, such that the Minister’s “reasonable belief” that an individual has engaged in terrorism may be based on the testimony of that individual at a judicial investigative hearing.

This Court has recently expressed the seriousness with which it views deportation or extradition to countries where torture and/or death are distinct possibilities: *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1. In such cases, guarantees of fundamental justice apply even where deprivations of life, liberty or security may be effected by actors other than the Canadian government, if a sufficient causal connection exists between the participation of the Canadian government and the ultimate deprivation effected: *Suresh*, at para. 54. This general principle was recognized in *Suresh* to apply equally to either deportation or extradition hearings.

In our view, a sufficient causal connection exists where information gathered under s. 83.28 is used to effect deprivations of liberty, such as torture or death, in circumstances where the government’s participation was a necessary precondition, and the resulting deprivation an entirely foreseeable consequence of the participation. Accordingly, deportations or extraditions must accord with the principles of fundamental justice. Consequently, the parameters recognized in *Burns*, *supra*, at para. 124, and *Suresh*, *supra*, at para. 76, must be respected.

This appeal is our first opportunity to discuss the parameters of a right against self-incrimination in the context of possible deportation or extradition

étrangères pour qu’elles s’en servent dans des poursuites à l’étranger : voir J. Millard, « Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 60(1) *R.D.U.T.* 79, p. 81. Ce témoignage peut aussi être utilisé contre des non-citoyens lors d’audiences en matière d’expulsion tenues en vertu de l’art. 34 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, de sorte que la « croyance raisonnable » du ministre qu’une personne se livre au terrorisme peut être fondée sur le témoignage que celle-ci a livré au cours d’une investigation judiciaire.

La Cour a récemment dit prendre au sérieux l’expulsion ou l’extradition vers des pays où le risque de torture ou de peine de mort, ou les deux à la fois, est réel : *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1. Dans ces cas, les garanties relatives à la justice fondamentale s’appliquent même si les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne : *Suresh*, par. 54. Dans l’arrêt *Suresh*, la Cour a reconnu que ce principe général s’applique également aux audiences en matière d’expulsion ou d’extradition.

Nous estimons que, dans un cas où la participation du gouvernement était une condition préalable nécessaire et que l’atteinte résultante était une conséquence tout à fait prévisible de cette participation, il existe un lien causal suffisant dès que les renseignements recueillis sous le régime de l’art. 83.28 sont utilisés pour porter atteinte à la liberté, notamment par la torture ou la peine de mort. Les expulsions et les extraditions doivent donc respecter les principes de justice fondamentale. En conséquence, les paramètres reconnus dans les arrêts *Burns*, précité, par. 124, et *Suresh*, précité, par. 76, doivent être respectés.

Le présent pourvoi nous donne l’occasion d’analyser, pour la première fois, les paramètres du droit de ne pas s’incriminer dans le contexte d’audiences

75

76

77

hearings against, on the facts of this case, persons named under the s. 83.28 proceeding. Prior cases have focussed exclusively on the engagement of s. 7 in relation to government participation where the possibility of torture or death exists. The right against self-incrimination in the guise of testimonial compulsion has been recognized as non-absolute. Indeed, in the reasons above, we have affirmed the need for various procedural safeguards where testimonial compulsion is at issue. This Court has also expressly recognized the dire consequences which may flow from deportation and extradition, as such proceedings frequently have grave consequences for the liberty and security interests of individuals.

78

As in many other areas of law, a balance must be struck between the principle against self-incrimination and the state's interest in investigating offences. We believe such a balance is struck by extending the procedural safeguards of s. 83.28 to extradition and deportation hearings. As mentioned earlier, s. 83.28(5)(e) permits the inclusion of other terms and conditions, including those required for the protection of the witness. Moreover, under s. 83.28(7), the terms and conditions of the order may be varied to provide as much. This point was conceded by the Crown in oral argument.

79

In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to extradition and deportation proceedings. In *Branch, supra*, at para. 5, derivative use immunity was stated to apply both in subsequent proceedings where the witness is an accused subject to penal sanctions, and more generally to any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*, such as extradition and deportation hearings. The protective effect of s. 83.28(10) would be significantly undercut if information gathered under s. 83.28 was used at the state's discretion in subsequent extradition or deportation proceedings. Therefore, where there is the potential for such use by the state, the hearing judge must make and, if necessary, vary the terms of

en matière d'expulsion ou d'extradition auxquelles sont exposées, selon les faits de la présente affaire, des personnes visées par l'acte de procédure délivré en vertu de l'art. 83.28. Les affaires antérieures portaient exclusivement sur l'application de l'art. 7 dans le cas où le gouvernement participe à des procédures où le risque de torture ou de peine de mort est un enjeu. La Cour a reconnu que le droit de ne pas s'incriminer en livrant un témoignage forcé n'est pas absolu. En fait, dans les motifs qui précèdent, nous avons confirmé que diverses garanties procédurales sont requises lorsqu'il est question de contrainte à témoigner. La Cour a aussi expressément reconnu que les procédures d'expulsion et d'extradition peuvent avoir des effets désastreux, étant donné les graves conséquences qu'elles ont souvent sur les droits à la liberté et à la sécurité de certaines personnes.

Comme dans bien d'autres domaines du droit, il est nécessaire d'établir un équilibre entre le principe interdisant l'auto-incrimination et l'intérêt qu'a l'État à enquêter sur des infractions. Nous croyons que l'application des garanties procédurales de l'art. 83.28 aux audiences en matière d'extradition et d'expulsion permet d'établir cet équilibre. Comme nous l'avons vu, l'al. 83.28(5)e) permet d'inclure d'autres modalités, y compris celles requises pour protéger le témoin. En outre, le par. 83.28(7) prévoit que les modalités de l'ordonnance peuvent être modifiées en ce sens. Le ministère public a concédé ce point durant sa plaidoirie.

Pour satisfaire aux exigences de l'art. 7, il faut nécessairement appliquer les garanties procédurales de l'art. 83.28 aux procédures d'extradition et d'expulsion. Dans l'arrêt *Branch*, précité, par. 5, la Cour a affirmé que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être revendiquée, à la fois, dans des procédures subséquentes où le témoin est un accusé passible de sanctions pénales et, de façon plus générale, dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*, telles les audiences en matière d'extradition et d'expulsion. L'effet protecteur du par. 83.28(10) serait sérieusement compromis si l'État pouvait, à sa discrétion, utiliser dans des procédures d'extradition ou d'expulsion subséquentes les renseignements recueillis

an order to properly provide use and derivative use immunity in extradition or deportation proceedings.

(3) The Independence of the Judiciary

Judicial independence is the “lifeblood of constitutionalism in democratic societies”: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 70. The importance of judicial independence to the promotion and preservation of the rule of law cannot be overstated. In this respect, as the late Professor Lederman noted, judicial independence is one of the original principles of the English Constitution: W. R. Lederman, “The Independence of the Judiciary”, in A. M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary* (1976), 1, at p. 2. An independent judiciary is absolutely necessary to “ensure that the power of the state is exercised in accordance with the rule of law and the provisions of our Constitution. In this capacity, courts act as a shield against unwarranted deprivations by the state of the rights and freedoms of individuals”: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at para. 22, per Major J.

This principle exists in Canadian law in a number of forms. In the Constitution, it is explicitly referenced in ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867* and in s. 11(d) of the *Charter*. The application of these provisions, however, is limited. The former applies to judges of superior courts, and the latter to courts and tribunals charged with trying the guilt of persons charged with criminal offences: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 84; *Ell, supra*, at para. 18. Judicial independence has also been implicitly recognized as a residual right protected under s. 7, as it, along with the remaining protections in ss. 8 to 14, are specific examples of broader principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Moreover, the commitment to the “foundational principle” of judicial independence has also

en vertu de l’art. 83.28. Par conséquent, lorsqu’un tel risque existe, le juge qui préside l’investigation peut établir ou modifier, si nécessaire, les modalités de l’ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d’extradition ou d’expulsion.

(3) L’indépendance du pouvoir judiciaire

L’indépendance judiciaire est « l’élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques » : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70. On ne saurait trop insister sur l’importance de l’indépendance judiciaire pour la promotion et le respect de la primauté du droit. À cet égard, comme le soulignait le défunt professeur Lederman, l’indépendance judiciaire est l’un des principes originaux de la Constitution anglaise : W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », dans A. M. Linden, dir., *The Canadian Judiciary* (1976), 1, p. 2. L’indépendance judiciaire est absolument nécessaire pour « veill[e]r [. . .] à ce que l’exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution. À ce titre, [les tribunaux] servent de bouclier contre les atteintes injustifiées de l’État aux droits et libertés des citoyens » : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 22, le juge Major.

Ce principe revêt différentes formes en droit canadien. Sur le plan constitutionnel, il est mentionné expressément aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l’al. 11d) de la *Charte*. L’application de ces dispositions est cependant limitée. Dans le premier cas, les articles en question s’appliquent aux juges des cours supérieures et, dans le deuxième cas, l’alinéa mentionné s’applique aux tribunaux qui se prononcent sur la culpabilité de personnes accusées d’une infraction criminelle : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 84; *Ell*, précité, par. 18. L’indépendance judiciaire a, en outre, été implicitement reconnue comme étant un droit résiduel protégé par l’art. 7, étant donné que, à l’instar des autres garanties accordées par les art. 8 à 14, elle est un exemple concret de principe général de

been referenced by way of the Preamble to the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 109; see also *Ell*, at para. 19. Judicial independence further represents the cornerstone of the common law duty of procedural fairness, which attaches to all judicial, quasi-judicial and administrative proceedings, and is an unwritten principle of the Constitution.

justice fondamentale : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. De plus, la reconnaissance du « principe fondamental » qu'est l'indépendance judiciaire a également été évoquée dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, par. 109; voir aussi *Ell*, par. 19. En plus de constituer un principe constitutionnel non écrit, l'indépendance judiciaire est la pierre d'assise de l'obligation d'équité procédurale reconnue par la common law, qui s'applique à toutes les procédures judiciaires, quasi judiciaires et administratives.

82 The twin aspects of judicial independence and impartiality are relevant to this appeal. The first is the requirement that the judiciary function independently from the executive and legislative branches of government: *Beauregard*, *supra*, at pp. 72-73. The second is the recognition that judicial independence is necessary to uphold public confidence in the administration of justice: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13. The relationship between judicial independence and impartiality was considered by the Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139:

Les deux facettes de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires sont pertinentes en l'espèce. La première facette est l'exigence que le pouvoir judiciaire soit indépendant des organes exécutif et législatif du gouvernement : *Beauregard*, précité, p. 72-73. La deuxième facette est la reconnaissance que l'indépendance judiciaire est nécessaire au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13. Dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139, la Cour a examiné le lien qui existe entre l'indépendance et l'impartialité des juges :

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a "means" to this "end". If judges could be perceived as "impartial" without judicial "independence", the requirement of "independence" would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public's perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l'« indépendance » judiciaire, l'exigence d'« indépendance » serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.

83 In this respect, we must ultimately consider whether a reasonable and informed person would conclude that the court under s. 83.28 is independent: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689; *Ell*, *supra*, at para. 32.

À cet égard, il faut se demander, en définitive, si une personne raisonnable et renseignée conclurait que la cour dont il est question à l'art. 83.28 est indépendante : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689; *Ell*, précité, par. 32.

84 One of the criticisms levied against s. 83.28 is that it co-opts the judiciary into performing executive, investigatory functions in place of its usual adjudicative role: see, e.g., *Paciocco*, *supra*, at p. 232. Essentially, the assertion is that judges acting under

L'une des critiques formulées à l'encontre de l'art. 83.28 veut qu'il permette au pouvoir judiciaire d'exercer des fonctions exécutives d'enquête au lieu d'exercer sa fonction juridictionnelle habituelle : voir, par exemple, *Paciocco*, *loc. cit.*, p. 232. On

s. 83.28 lack institutional independence or impartiality. The institutional dimension of judicial independence was recognized in *Ell, supra*, at para. 22, where Major J. described it as “the need to maintain the independence of a court or tribunal as a whole from the executive and legislative branches of government”. We note that there has been no allegation that Holmes J. has conducted herself in a partial or biased manner.

The role of the judge was described by this Court in *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 108:

The judicial function is absolutely unique. Our society assigns important powers and responsibilities to the members of its judiciary. Apart from the traditional role of an arbiter which settles disputes and adjudicates between the rights of the parties, judges are also responsible for preserving the balance of constitutional powers between the two levels of government in our federal state. Furthermore, following the enactment of the *Canadian Charter*, they have become one of the foremost defenders of individual freedoms and human rights and guardians of the values it embodies . . . Accordingly, from the point of view of the individual who appears before them, judges are first and foremost the ones who state the law, grant the person rights or impose obligations on him or her.

We find that the substance of such a criticism is not made out in the context of the s. 83.28 judicial investigative hearing. Judges routinely play a role in criminal investigation by way of measures such as the authorization of wire taps (s. 184.2 of the *Code*), search warrants (s. 487 of the *Code*), and in applications for DNA warrants (s. 487.05 of the *Code*). The thrust of these proceedings is their investigatory purpose, and the common underlying thread is the role of the judge in ensuring that such information is gathered in a proper manner. The place of the judiciary in such investigative contexts is to act as a check against state excess.

However, once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the

affirme essentiellement que les juges qui agissent en vertu de l'art. 83.28 sont dépourvus d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle. Dans l'arrêt *Ell*, précité, par. 22, le juge Major a reconnu l'aspect institutionnel de l'indépendance judiciaire qu'il décrit comme « la nécessité de maintenir l'indépendance d'un tribunal judiciaire ou administratif dans son ensemble vis-à-vis des organes exécutif et législatif du gouvernement ». Nous notons qu'il n'a pas été allégué que la juge Holmes avait fait montre de préjugé ou de parti pris.

Dans l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 108, la Cour décrit ainsi le rôle du juge :

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées [. . .] En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

Nous estimons que, pour l'essentiel, cette critique n'est pas fondée en ce qui concerne l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28. Les juges jouent normalement un rôle dans les enquêtes criminelles, notamment en accordant des autorisations d'écoute électronique (art. 184.2 du *Code*), en décernant des mandats de perquisition (art. 487 du *Code*) et en statuant sur des demandes de mandat autorisant le prélèvement pour fins d'analyse génétique (art. 487.05 du *Code*). Ces procédures sont principalement axées sur la conduite d'une enquête, et leur dénominateur commun est le rôle du juge qui consiste à veiller à ce que les renseignements soient recueillis d'une manière régulière. Dans ce contexte d'enquête, le rôle du pouvoir judiciaire est de refréner les excès de l'État.

Toutefois, dès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que

85

86

87

integrity of its role is not compromised or diluted. Earlier in these reasons we endorsed a broad and purposive approach to the interpretation of s. 83.28. This interpretation is consistent not only with the presumption of constitutional validity, but also with the traditional role of the judiciary. The function of the judge in a judicial investigative hearing is not to act as “an agent of the state”, but rather, to protect the integrity of the investigation and, in particular, the interests of the named person *vis-à-vis* the state.

l'intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée. Plus tôt dans les présents motifs, nous avons souscrit à une interprétation large et téléologique de l'art. 83.28. Cette interprétation est compatible non seulement avec la présomption de constitutionnalité, mais également avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. Dans une investigation judiciaire, le juge doit non pas agir en qualité de « représentant de l'État », mais plutôt préserver l'intégrité de l'investigation et, en particulier, les droits de la personne désignée face à l'État.

88

The parameters of the judicial role under s. 83.28 must be clearly delineated and understood. As discussed above, the judge is empowered to ensure that questioning is fair and relevant, as required by the *CEA* and the common law. The scope of the order under s. 83.28(5), any exercise of judicial discretion under s. 83.28(5)(e) and the terms and conditions set under s. 83.28(7) must take as a starting point the rights and interests of the named person. Where a judge, acting pursuant to s. 83.28, imposes terms and conditions or exercises his or her discretion in a manner which goes beyond the role of the judiciary as guardian of the Constitution, that judge will have acted unconstitutionally. This accords with Parliamentary intention. During the third reading of Bill C-36 in the House of Commons, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice characterized the direct judicial supervision of s. 83.28 as one of the “very significant limits and controls” that brought the legislation into compliance with the *Charter: House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 28, 2001, at p. 7620.

Les paramètres du rôle judiciaire prévu à l'art. 83.28 doivent être clairement définis et bien compris. Comme nous l'avons vu, le juge est habilité à veiller à ce que l'interrogatoire soit équitable et pertinent conformément à la *LPC* et à la common law. Les droits et les intérêts de la personne désignée doivent être pris en compte au départ lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de l'ordonnance rendue en vertu du par. 83.28(5), d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 83.28(5)e) et d'établir des modalités en vertu du par. 83.28(7). Si, en établissant des modalités en vertu du par. 83.28 ou en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère cet article, le juge excède le rôle de gardien de la Constitution que joue le pouvoir judiciaire, il agit alors de manière inconstitutionnelle. Cela est conforme à l'intention du législateur. Lors de la troisième lecture du projet de loi C-36 à la Chambre des communes, le secrétaire parlementaire de la ministre de la Justice a affirmé que la supervision judiciaire directe prévue à l'art. 83.28 constitue l'une « des limites et des contrôles importants » qui rendent la mesure législative conforme à la *Charte : Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 28 novembre 2001, p. 7620.

89

We conclude that judicial independence is not compromised in this case. Under a broad and purposive interpretation, s. 83.28 requires the judge to act “judicially”, in accordance with constitutional norms, and the historic role of the judiciary in criminal proceedings. Moreover, the provision confers upon the judge considerable flexibility and discretion to set and vary the terms and conditions of the initiating order and the subsequent hearing. In light of the mandatory exercise of such discretion with

Nous concluons que l'indépendance judiciaire n'est pas compromise en l'espèce. Selon une interprétation large et téléologique, l'art. 83.28 exige que le juge agisse « de façon judiciaire », conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle. En outre, la disposition confère au juge une grande latitude et un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'établissement et la modification des modalités de l'ordonnance autorisant l'investigation

respect to rules of evidence, and use and derivative use immunity being extended to extradition and deportation hearings, judges bring the full weight of their authority as impartial adjudicators to the hearing to provide the witness with all the constitutional guarantees of the *Charter*. A failure on the part of a hearing judge to exercise his or her discretion in this manner will constitute reviewable error.

The ultimate question, however, is “whether a reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical context, would conclude that the court or tribunal is independent”: *Ell, supra*, at para. 32; *Valente, supra*, at p. 689. Professor Paciocco states that, “[e]ven though the legislation does not purport to command judges to perform this function, but leaves them with the discretion as to whether to conduct such a hearing, the appearance of independence is compromised”: Paciocco, *supra*, at p. 235.

The concern about the judicial investigative hearing stems largely from its being held *in camera*. However, in the media appeal, we discuss the fundamental principle of openness of the courts, a hallmark of the Canadian judicial system. In that appeal, we conclude that judicial investigative hearings are to be held presumptively in open court and that the onus is on the Crown to rebut that presumption under the test laid out in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In our view, the presumptive openness of the judicial investigative hearing is another factor that militates in favour of our conclusion that judicial investigative hearings do not compromise the independence or impartiality of the judiciary.

et en ce qui concerne l’investigation subséquente. Du fait que l’exercice de ce pouvoir est obligatoire en ce qui a trait aux règles de preuve et que l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peuvent être revendiquées dans le cadre des audiences en matière d’extradition et d’expulsion, les juges mettent à contribution, à ces audiences, toute l’autorité qu’ils possèdent en tant que décideurs impartiaux pour veiller à ce que le témoin bénéficie de toutes les garanties constitutionnelles de la *Charte*. L’omission du juge qui préside l’audience d’exercer de cette manière son pouvoir discrétionnaire constitue une erreur donnant lieu à révision.

Cependant, il faut se demander, en définitive, « si en examinant les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet, une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif en question est indépendant » : *Ell*, précité, par. 32; *Valente*, précité, p. 689. Selon le professeur Paciocco, [TRADUCTION] « [m]ême si la mesure législative n’est pas censée obliger les juges à exercer cette fonction, et leur confie plutôt le pouvoir discrétionnaire de tenir une telle audience, l’apparence d’indépendance est compromise » : Paciocco, *loc. cit.*, p. 235.

La crainte que suscite l’investigation judiciaire est due, en grande partie, au fait qu’elle se déroule à huis clos. Toutefois, dans le pourvoi relatif aux médias, nous analysons le principe fondamental de la publicité des procédures judiciaires qui est une caractéristique du système de justice canadien. Dans ce pourvoi, nous concluons qu’il existe une présomption de publicité à l’égard des investigations judiciaires et qu’il incombe au ministère public de réfuter cette présomption conformément au critère établi dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. À notre avis, la présomption de publicité applicable aux investigations judiciaires est un autre facteur qui milite en faveur de notre conclusion que les investigations judiciaires ne compromettent pas l’indépendance ou l’impartialité du pouvoir judiciaire.

92 Assuming that this file had not been sealed to the extent that it was at the outset of the proceedings, a reasonable and informed person would conclude, on the facts of this case, and in light of the institutional function of the judiciary, that judicial impartiality and independence have not been compromised or diluted. Where a hearing is held within the parameters discussed above, justice will not only be done, but will also manifestly be seen to be done.

(4) The Role of the Crown

93 It was argued that the independence of Crown counsel is compromised by the judicial investigative hearing process, becoming impermissibly intertwined with the “police task” of investigation. We reject this argument for two reasons.

94 First, this Court in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, declined to set a bright line delineating the proper pre-charge role of the Crown. Policy considerations have a legitimate place in developing the Crown’s practical role in a given jurisdiction or situation. The core content of Crown independence is the maintenance of “objectivity throughout the proceedings” but the contextual framework may vary: *Regan*, at para. 83 (emphasis deleted). Since the application of Crown objectivity “is inevitably highly contextual” (*Canadian Foundation, supra*, at para. 11), it fails to meet the criteria for recognition as a principle of fundamental justice under s. 7.

95 Second, one may assume that by bringing Crown counsel into the judicial investigative hearing process, the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest. This is consistent with our interpretation of the intended role of judges in the proceeding. Crown counsel are appropriately trained to question witnesses within the context of judicial rulings on relevance, fairness, privilege, and procedure. The mere fact of their involvement in the

Dans l’hypothèse où le présent dossier n’aurait pas été scellé comme il l’a été au début de l’instance, une personne raisonnable et renseignée conclurait, compte tenu des faits de la présente affaire et de la fonction institutionnelle du pouvoir judiciaire, que l’impartialité et l’indépendance judiciaires n’ont été ni compromises ni diminuées. Si une audience respecte les paramètres analysés plus haut, justice sera non seulement rendue, mais encore clairement perçue comme ayant été rendue.

(4) Le rôle du ministère public

On a fait valoir que le processus d’investigation judiciaire compromet l’indépendance de l’avocat du ministère public, du fait qu’il devient, de manière inacceptable, étroitement lié au travail d’enquête de la police. Nous rejetons cet argument pour deux raisons.

Premièrement, dans l’arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, la Cour a refusé de délimiter clairement le rôle que doit jouer le ministère public avant le dépôt des accusations. Les considérations de politique générale ont leur place lorsqu’il s’agit de définir le rôle concret du ministère public dans un ressort ou un cas donné. Le maintien de « l’objectivité du début à la fin des procédures » est au cœur de l’indépendance du ministère public, mais le cadre contextuel peut varier : *Regan*, par. 83 (soulignement supprimé). Étant donné que son application « ne peut que dépendre fortement du contexte » (*Canadian Foundation*, précité, par. 11), le principe de l’objectivité du ministère public ne remplit pas les conditions requises pour pouvoir être considéré comme un principe de justice fondamentale prévu à l’art. 7.

Deuxièmement, on peut présumer qu’en faisant participer les avocats du ministère public au processus d’investigation judiciaire, le législateur a voulu que le ministère public se conforme au rôle qu’il doit jouer en tant qu’officier de justice et à son obligation d’agir impartialement dans l’intérêt public. Cela est compatible avec notre interprétation du rôle que les juges sont censés jouer dans ces procédures. Les avocats du ministère public sont bien formés pour interroger les témoins dans le cas où un tribunal est appelé à trancher des questions de

investigation need not compromise Crown counsel's objectivity, as the critical component is their own "necessary vigilance": *Regan, supra*, at para. 83. Moreover, the Crown exercises a "public duty . . . performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings", and accordingly is presumed to act in good faith: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 24. Where, however, the Crown can be shown to have acted vexatiously or in bad faith, recourse may be sought through the courts.

(5) Other Issues

(a) *Section 11(d) of the Charter*

Section 11(d) of the *Charter* does not apply because the appellant is not an accused. The issues raised under this section are subsumed in our s. 7 analysis.

(b) *Pre-Trial Discovery*

It is argued that the judicial investigative hearing in the circumstances of this case served the improper purpose of obtaining pre-trial discovery. Section 83.28(2) states that the purpose of an order for the gathering of information is to investigate a terrorism offence. It follows that the issuing judge must be satisfied that the purpose of the Crown in seeking the proposed hearing is in fact investigative, and not founded upon any oblique motive or otherwise improper purpose: see *Boucher, supra*; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, 2001 SCC 66; *Regan, supra*. Application for the order is made *ex parte*, and the onus is on the Crown to demonstrate its investigative purpose. If a party subsequently challenges the Crown's purpose in seeking an investigative hearing, the onus will be on the Crown to demonstrate the propriety of its purpose.

pertinence, d'équité, de privilège et de procédure. Le simple fait que l'avocat du ministère public participe à l'investigation ne compromet pas nécessairement son objectivité, qui tient essentiellement à la « vigilance » dont il est lui-même tenu de faire preuve : *Regan*, précité, par. 83. De plus, le ministère public s'acquitte d'un [TRADUCTION] « devoir public [. . .] d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires », et est donc présumé agir de bonne foi : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 24. Toutefois, un recours en justice sera possible si on peut démontrer que le ministère public a agi de manière vexatoire ou de mauvaise foi.

(5) Autres questions en litige

a) *Alinéa 11d) de la Charte*

L'alinéa 11d) de la *Charte* ne s'applique pas étant donné que l'appelant n'est pas inculpé. Les questions soulevées en vertu de cet alinéa sont subsumées dans notre analyse de l'art. 7.

b) *Interrogatoire préalable*

On fait valoir que, dans les circonstances de la présente affaire, l'investigation judiciaire avait pour objet illégitime de procéder à un interrogatoire préalable. Le paragraphe 83.28(2) prévoit que l'objet d'une ordonnance autorisant la recherche de renseignements est la conduite d'une enquête relative à une infraction de terrorisme. Il s'ensuit que le juge qui rend l'ordonnance doit être convaincu que la demande d'investigation présentée par le ministère public vise, en fait, la conduite d'une enquête et n'est pas fondée sur un motif inavoué ou quelque autre motif illégitime : voir *Boucher*, précité; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, 2001 CSC 66; *Regan*, précité. La demande d'ordonnance est présentée en l'absence de toute autre partie et il incombe au ministère public de démontrer que sa demande vise la conduite d'une enquête. Si, par la suite, une partie met en doute l'intention qu'a le ministère public en sollicitant la tenue d'une investigation, il incombera alors à ce dernier de démontrer la légitimité de son intention.

96

97

- 98 In addition, in an *ex parte* application of this nature, there is a well-recognised “duty of utmost good faith [on the Crown] in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers”: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 27.
- 99 Holmes J., reviewing the purpose that supported issuance of the order, asked whether the predominant purpose was investigative. It appears that she placed the onus on the Crown to demonstrate the propriety of its purposes, although this is not explicitly stated. She tested the asserted investigative purpose against the factual record before her; taking into account the allegations of the appellant. She concluded that the purpose of the hearing as sought by the Crown was predominantly investigative and therefore permissible. Although the hearing judge expressed her conclusion in terms of a predominant purpose for the investigative hearing, in looking at her findings we are satisfied that she was using that expression to mean improper purpose or with an oblique motive.
- 100 Accepting that questions of propriety underlying Crown conduct fall on the legal end of the mixed law and fact spectrum discussed in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36, we conclude that Holmes J. made no reviewable error. She correctly found no improper purpose in the Crown’s calling of the appellant under the s. 83.28 provisions. Our colleague, Binnie J., puts great emphasis, to paraphrase, on trial tactics employed by the Crown to obtain advance or mid-trial discovery of an uncooperative witness. With respect, such conclusions are somewhat speculative.
- De plus, lorsqu’il présente une demande *ex parte* de cette nature, il est reconnu que le ministère public a « l’obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. [Il] doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt [. . .] Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation » : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 27.
- Dans son examen de l’objet justifiant de rendre l’ordonnance sollicitée, la juge Holmes s’est demandé si l’objet prédominant était la conduite d’une enquête. Bien qu’elle ne l’ait pas expressément affirmé, il semble qu’elle ait attribué au ministère public le fardeau d’établir la légitimité de ses intentions. Elle a évalué l’objet d’enquête invoqué au regard des faits qu’on lui avait présentés, tout en tenant compte des allégations de l’appelant. Elle a conclu que, puisque l’objet prédominant de l’investigation sollicitée par le ministère public était la conduite d’une enquête, il était donc acceptable. Bien que la juge président l’investigation ait parlé d’objet prédominant de l’investigation dans la conclusion qu’elle a tirée, nous sommes convaincus, d’après ses constatations, qu’elle a utilisé cette expression au sens d’objet illégitime ou de motif inavoué.
- Reconnaissant que les questions de légitimité sous-jacentes à la conduite du ministère public se situent à l’extrémité juridique du spectre des questions mixtes de droit et de fait analysé dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36, nous concluons que la juge Holmes n’a commis aucune erreur donnant lieu à révision. Elle a décidé, à juste titre, qu’en assignant l’appelant en vertu des dispositions de l’art. 83.28 le ministère public n’avait aucune intention illégitime. Notre collègue le juge Binnie insiste beaucoup — pour utiliser une paraphrase — sur les stratégies de prétoire auxquelles le ministère public a eu recours pour obtenir la communication, anticipée ou au milieu du procès, de renseignements par un témoin peu coopératif. En toute déférence, ces conclusions sont quelque peu conjecturales.

It is further argued that, regardless of the investigative purpose of the hearing, its effect was to provide the Crown with a pre-trial discovery advantage in the Air India trial not afforded to the defence. In our view, this issue arose here largely because the judicial investigative hearing was sought in the midst of the ongoing Air India trial and the proceedings in the British Columbia Supreme Court were conducted in total secrecy. In the unique circumstances of this case, the presumption of openness for the judicial investigative hearing and the participation of counsel for the accused from the outset would have overcome any concerns regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial.

Given that the result is then to say that the order's secrecy might initially have granted some pre-trial advantage to the Crown, this may lead the Court to allow the appeal in part. However, the order's faults will be remedied by complying with the Court's ruling in the media appeal.

(c) *Participation of Counsel*

In light of our ruling and discussion in the media appeal that the hearing should have been held in open court and our comments above on the scope and operation of s. 83.28, there is no need to decide whether the participation of counsel for the accused, Mr. Bagri and Mr. Malik, in the judicial investigative hearing was an appropriate condition under s. 83.28(5)(e).

We reiterate our conclusion in the media appeal that it is difficult to anticipate all of the difficulties that such an order may pose. Accordingly, this issue should be left for another day, and should be debated within the legal profession so that court-imposed conditions can properly consider ethical standards and best practices for the involvement of counsel.

De plus, on soutient que, indépendamment de son objet d'enquête, l'investigation permettrait au ministère, et non à la défense, de disposer, au procès Air India, d'un avantage que procure l'interrogatoire préalable. À notre avis, cette question tient ici largement au fait que l'investigation judiciaire a été sollicitée au milieu du procès Air India et que les procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique se déroulaient dans le plus grand secret. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, la présomption de publicité de l'investigation judiciaire et la participation des avocats des accusés dès le départ auraient permis d'apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

Étant donné qu'il se pourrait donc que le secret ayant entouré l'ordonnance ait, au départ, conféré au ministère public quelque avantage émanant d'une procédure préalable au procès, cela peut amener la Cour à accueillir le pourvoi en partie. Cependant, le respect de la décision de la Cour dans le pourvoi relatif aux médias permettra de remédier aux lacunes de l'ordonnance.

c) *Participation des avocats*

Compte tenu l'analyse qui nous a amenés à décider, dans le pourvoi relatif aux médias, que l'investigation aurait dû se dérouler en public, ainsi que des commentaires que nous avons formulés plus haut quant à la portée et à l'application de l'art. 83.28, il n'est pas nécessaire de déterminer si la participation des avocats des accusés, MM. Bagri et Malik, à l'investigation judiciaire était une modalité indiquée au sens de l'al. 83.28(5)(e).

Nous réitérons la conclusion que nous avons tirée dans le pourvoi relatif aux médias selon laquelle il est difficile de prévoir toutes les difficultés qu'une telle ordonnance risque de présenter. Par conséquent, il y a lieu de reporter à une autre occasion la réponse à cette question et de laisser la profession juridique en débattre afin que les conditions prescrites par un tribunal puissent dûment tenir compte des normes déontologiques et des meilleures façons de procéder en ce qui concerne la participation des avocats.

101

102

103

104

VI. Disposition

105 The appeal should be dismissed. The order of this Court sealing the file in this case is lifted to the extent of the information disclosed in the reasons. The parties are at liberty to apply to the Court for any appropriate order regarding the disposition of any part of the file in this case that remains under seal.

106 The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

3. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of judicial independence and impartiality guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

5. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of independence and impartiality established by the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

No.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

107 BASTARACHE J. — I agree with the majority reasons subject to my comments on the openness of investigative hearings.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de mise sous scellés du dossier, rendue par la Cour en l'espèce, est levée en ce qui concerne les renseignements divulgués dans les motifs. Il est loisible aux parties de demander à la Cour de rendre toute ordonnance appropriée au sujet de quelque partie du dossier qui est encore sous scellés en l'espèce.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires garantis par l'al. 11d) de la *Charte*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires établis dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Je souscris aux motifs des juges majoritaires sous réserve de mes commentaires sur la publicité des procédures d'une investigation.

I. The Independence of the Judiciary

In my view, where a judicial investigative hearing is closed, the independence or impartiality of the judiciary will not be compromised as several other factors promote independence and impartiality. Further, the subsequent release of the information disclosed during these proceedings promote the accountability of the judiciary.

II. Pre-Trial Discovery

It is my view that Holmes J. made neither a palpable nor an overriding error in her assessment of the facts and her approach was correct in principle. In my view, the participation of counsel for the accused from the outset of the hearing was sufficient to overcome any concern regarding the practical effect of the hearing on the Air India Trial.

III. Participation of Counsel

The majority chose not to comment on the participation of counsel in light of the conclusion on openness in the companion appeal. Like the majority, I limit my comments to this case and will not set out the requisite conditions for such an order generally. In my view, there is no evidence that Holmes J. erred in concluding that counsel for the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri, could participate in the hearing. Holmes J. exercised her discretion properly.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. (dissenting) — Many of the reasons urged by my colleagues Iacobucci and Arbour JJ. in support of the constitutional validity of the anti-terrorism investigatory power in s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (as amended by S.C. 2001, c. 41), demonstrate why this is not a proper case for its exercise. In my view, the s. 83.28 order in this case was sought by the Crown for an inappropriate purpose, it was granted on inappropriate terms, and its impropriety was not cured (although the terms were much improved) by the amendments made by the hearing judge. Accordingly, while I agree that s. 83.28 of the *Code*,

I. L'indépendance du pouvoir judiciaire

J'estime que, lorsqu'une investigation judiciaire est terminée, l'indépendance ou l'impartialité du pouvoir judiciaire n'est pas compromise étant donné que plusieurs autres facteurs en favorisent le maintien. En outre, la diffusion subséquente des renseignements divulgués pendant ces procédures favorise la responsabilité des juges.

II. L'interrogatoire préalable au procès

Selon moi, la juge Holmes n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans son appréciation des faits, et l'approche qu'elle a adoptée était correcte en principe. J'estime que la participation des avocats des accusés à l'investigation dès le départ était suffisante pour apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

III. La participation des avocats

Les juges majoritaires ont choisi de ne pas commenter la participation des avocats à cause de la conclusion sur la publicité des procédures tirée dans le pourvoi connexe. À l'instar de ceux-ci, je limite mes commentaires à la présente affaire et je n'énoncerai pas les conditions généralement applicables à une telle ordonnance. J'estime que rien ne prouve que la juge Holmes a commis une erreur en concluant que les avocats des accusés, MM. Bagri et Malik, pouvaient participer à l'investigation. La juge Holmes a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Bon nombre des raisons que mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, exposent à l'appui de la constitutionnalité du pouvoir d'enquête en matière de lutte contre le terrorisme, conféré par l'art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (modifié par L.C. 2001, ch. 41), démontrent pourquoi la présente affaire ne se prête pas à l'exercice de ce pouvoir. J'estime que l'objet de l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28, que le ministère public a sollicitée en l'espèce, et les conditions auxquelles cette ordonnance a été accordée étaient inappropriés, et que les modifications apportées par la juge président l'investigation n'ont

108

109

110

111

as interpreted by my colleagues, is constitutionally valid, in my opinion the Crown's resort to it in the circumstances of this case was an abuse of process. I would therefore allow the appeal.

pas remédié au caractère illégitime de l'ordonnance (en dépit de l'amélioration considérable de ses modalités). En conséquence, tout en reconnaissant la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*, selon l'interprétation qu'en donnent mes collègues, j'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, le recours du ministère public à cette disposition constitue un abus de procédure. J'accueillerais donc le pourvoi.

112 The Air India trial commenced on April 28, 2003. It has therefore been open to the Crown for more than a year to call the appellant as a witness for the prosecution. As of the date of the hearing of this appeal, the Crown had not done so. While the s. 83.28 hearing judge was persuaded that the "predominant purpose" of the Crown in seeking a s. 83.28 order was the ongoing Air India *investigation* rather than the ongoing Air India *trial*, it is clear that the *timing* of the Crown's attempt to obtain the appellant's s. 83.28 evidence was driven by trial tactics. By that I mean the Crown's desire to obtain a mid-trial examination for discovery of the appellant before a different judge to determine in advance precisely what the appellant will say or not say in the witness box. This is an abuse of the extraordinary powers granted under the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. In my view the s. 83.28 hearing should have been stayed until after the appellant testified at the Air India trial or the Crown declared that the appellant would not be called as a prosecution witness.

Le procès Air India a commencé le 28 avril 2003. Le ministère public était donc en mesure, depuis plus d'un an, d'assigner l'appelant comme témoin à charge. À la date de l'audition du présent pourvoi, il ne l'avait pas encore fait. Bien que la juge président l'investigation prévue par l'art. 83.28 ait été persuadée que l'ordonnance que le ministère public sollicitait en vertu de cet article avait pour « objet prédominant » de faire progresser l'enquête en cours sur la tragédie d'Air India plutôt que le *procès* Air India en cours, il est clair que le *moment choisi* par le ministère public pour tenter d'obtenir le témoignage de l'appelant en vertu de cette disposition était le fruit d'une stratégie de prétoire. J'entends par là que le ministère public voulait faire subir à l'appelant, au milieu du procès, un interrogatoire devant un autre juge afin de connaître exactement à l'avance ce que l'appelant dirait ou ne dirait pas à la barre des témoins. Il s'agit là d'un exercice abusif des pouvoirs extraordinaires conférés par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. J'estime que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 aurait dû être suspendue jusqu'à ce que l'appelant ait témoigné au procès Air India ou que le ministère public ait déclaré qu'il ne l'assignerait pas comme témoin à charge.

I. The Fundamental Issue

I. La question fondamentale

113 My colleagues quote in para. 6 the much repeated dictum of Jackson J. of the United States Supreme Court that the *Bill of Rights* (or in our case the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) is not "a suicide pact": *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37 (in dissent). In that case the U.S. Supreme Court upheld the free speech rights of a Chicago priest charged with causing a riot by his inflammatory speech to the Christian Veterans of

Mes collègues citent, au par. 6, la remarque incidente, souvent reprise, du juge Jackson de la Cour suprême des États-Unis, dissident dans l'arrêt *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37, selon laquelle le *Bill of Rights* (ou, dans notre cas, la *Charte canadienne des droits et libertés*) n'est pas [TRADUCTION] « un pacte de suicide ». Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a confirmé le droit à la liberté d'expression d'un prêtre de

America. More to the point for our purposes, I think, is the observation of Douglas J. for the majority in the same case, that upholding constitutional rights at times of national stress is “one of the chief distinctions” that sets a liberal democracy apart from the “totalitarian regimes” that were considered at that time a threat to national security (p. 4).

Every legal system has its not-so-proud moments when in times of national upheaval or wartime emergency, civil rights have been curtailed in ways which were afterwards regretted. One need look no further than to mention the wartime treatment of Canadians of Japanese descent, upheld in *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] S.C.R. 248, aff'd [1947] 1 D.L.R. 577 (P.C.).

The challenge posed to our legal institutions by the current “war on terrorism” promises to be more enduring and difficult to manage than the more traditional wartime challenges to civil liberties previously experienced. The terrorist threat had no announced point of commencement and may have no end. The enemy is not conveniently dressed in uniforms or arranged in battlefield order. They operate among us in guerilla-style networks, where decisions can be made, adjusted, improvised and implemented in lower level cells. They are, it seems, everywhere and yet they are nowhere to be seen. There may be no dramatic final battle in which victors and losers are made manifest. We are told that there will be a long, slow process of attrition. Efforts to counteract terrorism are likely to become part of our everyday existence for perhaps generations to come. In these circumstances we can take limited comfort from the declared intention of the government that the *Anti-terrorist Act* is a temporary measure. While its continued existence will depend on Parliament's appreciation of developments in the “war on terrorism”, such temporary measures may well slide into

Chicago, accusé d'avoir causé une émeute en prononçant un discours enflammé devant les Christian Veterans of America. J'estime plus à propos, dans le cas qui nous occupe, l'observation formulée par le juge Douglas, au nom des juges majoritaires dans cette même affaire, selon laquelle le maintien des droits constitutionnels, en période de malaise national, est [TRADUCTION] « l'un des principaux traits » qui distingue une démocratie libérale des [TRADUCTION] « régimes totalitaires », qui étaient considérés à l'époque comme une menace pour la sécurité nationale (p. 4).

Chaque système juridique a connu des moments moins glorieux lorsque les droits civils de ses justiciables ont été réduits — d'une manière jugée regrettable par la suite — afin de remédier à une situation de crise nationale ou à une situation d'urgence en temps de guerre. Il suffit de penser au traitement réservé en temps de guerre aux Canadiens d'origine japonaise, dont la validité a été confirmée dans *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] R.C.S. 248, conf. par [1947] 1 D.L.R. 577 (C.P.).

Le problème que présente pour nos institutions juridiques l'actuelle « guerre contre le terrorisme » s'annonce plus durable et plus difficile à gérer que les attaques plus traditionnelles dont les libertés civiles ont jusqu'à maintenant été l'objet en temps de guerre. Rien n'annonçait la menace terroriste, qui pourrait continuer de planer indéfiniment. L'ennemi n'est pas aisément repérable du fait qu'il ne porte pas d'uniforme et qu'il n'est pas aligné en position de combat. Il évolue parmi nous sous forme de réseaux, pendant de la guérilla, au sein desquels les décisions peuvent être prises, adaptées, improvisées et exécutées par des cellules de niveau inférieur. L'ennemi semble être partout et, pourtant, on ne le voit nulle part. Il n'y aura peut-être jamais de grande bataille finale qui départagera les vainqueurs des vaincus. On nous prédit une longue et lente guerre d'usure. Les efforts déployés pour lutter contre le terrorisme feront probablement partie de notre vie de tous les jours pour des générations à venir. Dans ces circonstances, l'intention avouée du gouvernement de faire de la *Loi antiterroriste* une mesure temporaire n'est pas de nature à nous

114

115

a state of *de facto* permanence. The role of s. 83.28 in our criminal law should be approached with that unhappy prospect firmly in mind.

116 The danger in the “war on terrorism” lies not only in the actual damage the terrorists can do to us but what we can do to our own legal and political institutions by way of shock, anger, anticipation, opportunism or overreaction.

117 This case, it seems to me, illustrates the problem.

II. The Air India Trial

118 My colleagues suggest (I think correctly) that generally speaking the role of the hearing judge under s. 83.28 is “to protect the integrity of the investigation and, in particular, the interests of the named person *vis-à-vis* the state” (para. 87). In this case, however, the difficult issue for the s. 83.28 hearing judge is not so much the fair treatment of the appellant as it is the need to ensure that the charges against the accused Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri in the Air India case are dealt with in accordance with our usual rules of a fair trial.

119 The hearing judge explicitly recognized in her publicly released synopsis of the s. 83.28 case that the “terrorism offence” under investigation at her inquiry is also the subject matter of the criminal charges against Malik and Bagri.

The terrorism offence relates to two explosions which occurred between June 22 and 23, 1985, and caused the deaths of two baggage handlers and injuries to four others in Narita, Japan, and the deaths of the 329 passengers and crew of Air India flight 182 off the west coast of Ireland.

rassurer complètement. Bien que son maintien dépende de l'idée que le gouvernement se fera des progrès de la « guerre contre le terrorisme », cette mesure temporaire risque bien de devenir permanente dans les faits. C'est en ayant fermement à l'esprit cette triste perspective qu'il faut aborder le rôle de l'art. 83.28 dans notre droit criminel.

Le risque que comporte la « guerre contre le terrorisme » n'est pas seulement le préjudice réel que les terroristes peuvent nous causer, mais encore ce que la consternation, la colère, l'anticipation, l'opportunisme ou la dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques.

Il me semble que la présente affaire illustre bien le problème.

II. Le procès Air India

Mes collègues indiquent (à juste titre, selon moi) que, de manière générale, le rôle du juge président une investigation prévue par l'art. 83.28 est de « préserver l'intégrité de l'investigation et, en particulier, les droits de la personne désignée face à l'État » (par. 87). En l'espèce, cependant, le problème pour la juge qui préside l'investigation prévue par l'art. 83.28 n'est pas tant de s'assurer que l'appelant bénéficie d'un traitement équitable que de veiller à ce que les accusations portées contre les accusés Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri, dans l'affaire Air India, soient traitées d'une manière conforme à nos règles usuelles en matière de procès équitable.

Dans le résumé — qu'elle a fait publiquement — de l'affaire relative à l'art. 83.28, la juge président l'investigation a expressément reconnu que l'« infraction de terrorisme » examinée dans le cadre de son enquête est également visée par les accusations criminelles portées contre MM. Malik et Bagri.

[TRADUCTION] L'infraction de terrorisme a trait à deux explosions survenues entre les 22 et 23 juin 1985, qui ont causé la mort de deux bagagistes en plus de blesser quatre autres personnes à Narita, au Japon, ainsi que la mort des 329 passagers et membres d'équipage du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande.

Mr. Malik and Mr. Bagri are currently on trial for conspiracy to murder and other offences relating to those events. Their trial began on April 28, 2003 and will resume on September 8, 2003.

([2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, at paras. 4-5)

She elsewhere noted that the s. 83.28 hearing was directed to “information about the Air India crimes and their perpetrators” (emphasis added). The perpetrators, on the Crown’s theory, include Malik and Bagri.

The appellant is a witness scheduled to testify for the prosecution against Malik and Bagri. This person has “not cooperated with the police” nor, it seems, with the Crown. The hearing judge specifically noted that the appellant is “equally uncooperative with the defence”. At the time of the hearing before Holmes J. the appellant had made no known disclosure to anyone of the evidence he or she might or might not give in the Air India trial.

A. *The Crown Sought Mid-Trial Discovery of an Uncooperative Witness*

The *Criminal Code* affords the Crown many advantages in a criminal proceeding but where, as here, the Crown chooses to proceed by direct indictment, a free-standing right to compel reluctant witnesses to answer questions under oath before they are called to give their evidence in open court is not amongst them.

In this case, the Crown decided not to hold a preliminary hearing before a judge in the ordinary way in the presence of the accused but to proceed to trial on a direct indictment signed by the Attorney General of British Columbia on March 8, 2001. The consequences of such a procedure are significant, as pointed out in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, *per* Estey J., at p. 105:

Messieurs Malik et Bagri subissent actuellement leur procès pour complot en vue de commettre un meurtre et d’autres infractions liées à ces événements. Leur procès a commencé le 28 avril 2003 et reprendra le 8 septembre 2003.

([2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, par. 4-5)

Elle a noté ailleurs que l’investigation sollicitée en vertu de l’art. 83.28 visait l’obtention de [TRADUCTION] « renseignements relatifs aux crimes dont Air India a été victime et aux auteurs de ces crimes » (je souligne). Selon la thèse du ministère public, MM. Malik et Bagri comptent parmi ces auteurs.

L’appellant doit témoigner pour la poursuite au procès de MM. Malik et Bagri. Il n’a pas [TRADUCTION] « collaboré avec la police » ni, semble-t-il, avec le ministère public. La juge présidant l’investigation a souligné que l’appellant s’est [TRADUCTION] « également montré peu coopératif avec la défense ». Au moment de l’investigation présidée par la juge Holmes, l’appellant n’avait parlé à personne du témoignage qu’il pourrait livrer ou ne pas livrer au procès Air India.

A. *Le ministère public voulait obtenir l’interrogatoire, au milieu du procès, d’un témoin peu coopératif*

En vertu du *Code criminel*, le ministère public possède maints avantages dans des procédures criminelles, mais lorsqu’il choisit, comme il l’a fait en l’espèce, de procéder par mise en accusation directe, le droit distinct de contraindre les témoins réticents à répondre sous serment aux questions, avant de les assigner à témoigner dans un procès public, ne figure pas parmi ces avantages.

En l’espèce, au lieu de procéder à l’enquête préliminaire habituelle devant un juge et en présence de l’accusé, le ministère public a décidé de passer au procès en déposant, le 8 mars 2001, une mise en accusation directe signée par le procureur général de la Colombie-Britannique. Cette façon de procéder a des conséquences importantes, d’après ce que souligne le juge Estey dans l’arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105 :

120

121

122

123

... the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and to appreciate the case to be made against him at trial where the requisite evidence is found to be present.

... l'enquête préliminaire a évolué [...] de manière à fournir à l'accusé, lorsqu'on juge que les éléments de preuve nécessaires existent, la possibilité de découvrir et d'apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès.

124 The result of the direct indictment proceeding was that neither the Crown nor the defence had a preliminary look at how the witnesses would perform in a trial-like setting. This was the Crown's decision. The defence is given no choice in the matter.

En raison de cette mise en accusation directe, ni le ministère public ni la défense n'ont pu jeter un coup d'œil préliminaire sur la façon dont les témoins se comporteraient dans un contexte semblable à un procès. Cette décision relevait du ministère public. La défense n'a aucun choix en la matière.

125 A mid-trial examination of the appellant for discovery would recoup for the Crown some of the advantage it lost in opting for the direct indictment of Malik and Bagri. The defence, on the other hand, is given no comparable opportunity to obtain mid-trial (or pre-trial) discovery of some of the witnesses it may wish to depose: see *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).

L'interrogatoire de l'appelant, au milieu du procès, permettrait au ministère public de récupérer certains des avantages perdus en choisissant de procéder à la mise en accusation directe de MM. Malik et Bagri. Par contre, la défense n'a aucune possibilité comparable d'interroger, au milieu du procès (ou avant celui-ci), les témoins qu'elle peut vouloir assigner : voir *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).

126 If it is fair to give the Crown a non-reciprocal right of pre-trial discovery of witnesses in *this* murder trial, why not generally? Why limit the Crown's right of discovery to those cases where s. 83.28 applies? However, no one argues that this is the normal way of conducting a murder trial. That being so, why single out Malik and Bagri for disadvantageous treatment? At what point, if at all, should principle yield to expediency in the "war on terror"? That is a key issue not only in this case but in all the cases to follow where the decision in this case to uphold as proper the Crown's use of s. 83.28 for discovery will be cited as a precedent.

S'il est équitable d'accorder au ministère public un droit unilatéral de procéder à l'interrogatoire préalable de témoins dans *le présent* procès pour meurtre, pourquoi ne lui accorde-t-on pas ce droit de façon générale? Pourquoi limiter le droit d'interroger du ministère public aux seuls cas où l'art. 83.28 s'applique? Toujours est-il que personne ne prétend qu'il s'agit de la façon normale de tenir un procès pour meurtre. Alors pourquoi réserver ce traitement désavantageux à MM. Malik et Bagri? À quel moment, s'il y a lieu, les principes doivent-ils céder le pas à l'opportunisme de la « guerre contre le terrorisme »? Cette question est non seulement cruciale en l'espèce, mais encore elle le sera dans toutes les affaires subséquentes où sera citée, à titre de précédent, la décision, en l'espèce, de confirmer la légitimité du recours du ministère public à l'art. 83.28 pour procéder à un interrogatoire.

127 On June 5, 2001, the Crown filed a new direct indictment under which Malik and Bagri are jointly charged with first degree murder in relation to Air India Flight 182, conspiracy to commit murder, attempted murder of the passengers and crew of Air India Flight 301, conspiring to cause bombs to be placed on various aircraft, and three counts of

Le 5 juin 2001, le ministère public a déposé un nouvel acte de mise en accusation directe aux termes duquel MM. Malik et Bagri étaient conjointement accusés de meurtre au premier degré dans l'affaire du vol 182 d'Air India, de complot en vue de commettre un meurtre, de tentative de meurtre contre les passagers et l'équipage du vol 301 d'Air India, de

placing a bomb on an aircraft. Malik and Bagri are also jointly charged with a second count of first degree murder in relation to the explosion at Narita Airport where deaths were caused during the transfer of luggage to Air India Flight 301. A third accused, Inderjit Singh Reyat, was charged in relation to the bomb on Air India Flight 182. It is difficult to conceive of a more serious set of criminal charges.

The enormity of the charges at issue in the Air India trial is what makes this case difficult. It is comparatively painless for a society to support the procedural rights of an accused when the stakes are small. It is when the stakes are high, as here, that our commitment is truly tested.

On February 10, 2003, Reyat pleaded guilty to lesser charges and was sentenced to prison for five years in addition to the 10 years already served on an earlier conviction for manslaughter arising from the Narita Airport bombing plus the time he spent in custody awaiting extradition to Canada and the trials. At the time of his sentencing the Statement of Facts agreed to by the Crown and Reyat excluded Reyat as a suspect in the murder of the passengers on Air India Flight 182:

At no time did Mr. Reyat intend by his actions to cause death to any person or believe that such consequences were likely to occur. However, unbeknownst to Mr. Reyat the items that he acquired were used by another person or persons to help make an explosive device that, on or about June 23, 1985, destroyed Air India Flight 182, killing all 329 people on board.

(British Columbia Criminal Justice Branch, Media Statement, "Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion", February 10, 2003)

complot en vue de faire placer des bombes à bord de divers avions, en plus de faire l'objet de trois chefs leur reprochant d'avoir placé une bombe à bord d'un avion. Messieurs Malik et Bagri faisaient aussi conjointement l'objet d'un deuxième chef d'accusation de meurtre au premier degré relativement à l'explosion ayant causé la mort de certaines personnes à l'aéroport Narita, pendant un transfert de bagages sur le vol 301 d'Air India. Une troisième personne, Inderjit Singh Reyat, a été accusée relativement à l'explosion de la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India. Il est difficile d'imaginer plus grave série d'accusations criminelles.

La présente affaire est complexe en raison de la gravité des accusations en cause dans le procès Air India. Il est relativement plus facile pour une société de défendre les droits procéduraux d'un accusé lorsque les enjeux sont négligeables. C'est lorsque les enjeux sont considérables, comme c'est le cas en l'espèce, que notre engagement envers ces droits est véritablement mis à l'épreuve.

Le 10 février 2003, M. Reyat a plaidé coupable à des accusations moindres et a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en sus des 10 années déjà purgées à la suite d'une condamnation antérieure pour homicide involontaire coupable relativement à l'attentat à la bombe de l'aéroport Narita, plus le temps passé en détention avant l'extradition au Canada et les procès. Au moment de la détermination de sa peine, l'exposé des faits auquel avaient souscrit le ministère public et M. Reyat précisait que ce dernier n'était pas soupçonné du meurtre des passagers du vol 182 d'Air India :

[TRADUCTION] Monsieur Reyat n'a jamais agi dans l'intention de causer la mort de quelqu'un et n'a jamais cru que de telles conséquences pourraient s'ensuivre. Toutefois, des articles achetés par M. Reyat ont été utilisés à son insu par une ou plusieurs autres personnes pour fabriquer un engin explosif qui, le 23 juin 1985 ou vers cette date, a détruit le vol 182 d'Air India, tuant les 329 personnes qui se trouvaient à bord.

(British Columbia Criminal Justice Branch, Media Statement, « Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion », 10 février 2003)

128

129

130 The trial of Malik and Bagri started April 28, 2003. They are, of course, presumed innocent unless and until the Crown establishes their guilt beyond a reasonable doubt.

B. *The Appellant Was Under No Legal Duty to Cooperate With the Police*

131 On March 21, 2003, the appellant was subpoenaed to give evidence at the trial of Malik and Bagri but, as stated, has cooperated neither with the police nor with the defence. Generally speaking, under our law, there is no legal obligation for an ordinary citizen to cooperate in a police investigation. As Martin J.A. put it in *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94:

Although a police officer is entitled to question any person in order to obtain information with respect to a suspected offence, he, as a general rule, has no power to compel the person questioned to answer. Moreover, he has no power to detain a person for questioning, and if the person questioned declines to answer, the police officer must allow him to proceed on his way unless he arrests him on reasonable and probable grounds.

Section 83.28 gives the police new powers in that regard, but they are powers that should be exercised under judicial supervision with due attention to their extraordinary nature and with regard to the rights not only of persons subpoenaed to testify but of third parties whose interests are affected, including in this case Malik and Bagri.

C. *The Crown Proceeded Without Notice to the Defence*

132 A week after the Air India trial began, and without notice to counsel for Malik and Bagri, the Crown appeared before a judge other than the trial judge for an order under s. 83.28 of the *Criminal Code* to examine the appellant on some of the matters at issue in the Air India trial. While s. 83.28 permits an application to be made without notice, there is no requirement that it be done in that way, and in light of the links of this s. 83.28 proceeding to the Air India trial, I think it would have been proper here for the Crown to give notice to counsel for Malik

Le procès de MM. Malik et Bagri a commencé le 28 avril 2003. Il va sans dire qu'ils sont présumés innocents tant et aussi longtemps que le ministère public n'aura pas établi leur culpabilité hors de tout doute raisonnable.

B. *L'appelant n'était pas légalement tenu de collaborer avec la police*

Le 21 mars 2003, l'appelant a été assigné à témoigner au procès de MM. Malik et Bagri, mais, comme nous l'avons vu, il n'a collaboré ni avec la police ni avec la défense. De façon générale, selon l'état actuel de notre droit, le citoyen ordinaire n'est pas légalement tenu de collaborer à une enquête policière. Comme l'a affirmé le juge Martin dans l'arrêt *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 94 :

[TRADUCTION] Bien qu'il ait le droit d'interroger des gens pour obtenir des renseignements relatifs à une infraction présumée, le policier n'a généralement pas le pouvoir de contraindre la personne interrogée à répondre. Il n'a pas non plus le pouvoir de détenir une personne pour l'interroger et, si la personne interrogée refuse de répondre, le policier doit la laisser poursuivre sa route, à moins de la mettre en état d'arrestation s'il a des motifs raisonnables et probables de le faire.

L'article 83.28 accorde, à cet égard, de nouveaux pouvoirs aux policiers, qui doivent les exercer sous la supervision d'un juge en tenant dûment compte de leur nature extraordinaire et des droits non seulement des personnes assignées à témoigner, mais aussi des tiers concernés, dont MM. Malik et Bagri en l'espèce.

C. *Le ministère public a agi sans aviser la défense*

Une semaine après l'ouverture du procès Air India et sans avoir préalablement avisé les avocats de MM. Malik et Bagri, le ministère public a comparu devant un autre juge que le juge du procès en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur l'art. 83.28 du *Code criminel* l'autorisant à interroger l'appelant sur certains points en litige au procès Air India. Même si l'art. 83.28 permet de présenter une demande sans donner de préavis, rien n'oblige à procéder de cette façon et, compte tenu des liens qui existent entre la demande fondée

and Bagri. At that point their role, if any, in the s. 83.28 hearing could have been the subject of argument. Instead, the Crown requested that the s. 83.28 hearing be held *in camera* and that the appellant be prohibited from disclosing, except to his or her own counsel, any information or evidence obtained at the s. 83.28 hearing. This prohibition was designed to keep both the accused Malik and Bagri and their counsel, amongst others, in a state of ignorance of even the *existence* of the s. 83.28 proceedings.

One purpose of the s. 83.28 hearing was to provide the Crown with a transcript of the appellant's compelled testimony under oath that would otherwise be unobtainable under our law.

If the testimony of the appellant at the Air India trial proves to be consistent with the s. 83.28 transcript, or more favourable to the prosecution, its existence might never be disclosed to the trier of fact.

If the appellant departs from the s. 83.28 transcript in a way unfavourable to the prosecution, the s. 83.28 transcript would be available for impeachment and perhaps to lay the basis for an application to have the appellant declared a hostile witness, with a view to allowing the Crown the further advantage of cross-examining its own witness: see s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. The existence of the transcript may open the door to its use not only as a prior inconsistent statement but for the truth of its contents: see *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

While the contents of the transcript would eventually be disclosed to defence counsel under the principles set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, the hearing judge specifically ordered

sur l'art. 83.28 et le procès Air India, j'estime qu'il aurait convenu, en l'espèce, que le ministère public avise les avocats de MM. Malik et Bagri. Il aurait alors été possible de débattre la question du rôle que ces avocats pourraient éventuellement jouer dans l'investigation fondée sur l'art. 83.28. Le ministère public a préféré demander que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 se déroule à huis clos et qu'il soit interdit à l'appellant de divulguer, sauf à son avocat, les renseignements ou éléments de preuve obtenus dans le cadre de cette investigation. Cette interdiction visait à cacher, notamment aux accusés, MM. Malik et Bagri, ainsi qu'à leurs avocats, l'*existence* même des procédures fondées sur l'art. 83.28.

L'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était de fournir au ministère public une transcription du témoignage que l'appellant serait contraint de livrer sous serment et que notre droit ne permettrait pas d'obtenir autrement.

Si, en définitive, le témoignage de l'appellant au procès Air India correspond à la transcription obtenue de l'art. 83.28 ou est plus favorable à la poursuite, il se pourrait que son existence ne soit jamais divulguée au juge des faits.

Si l'appellant agit au détriment de la poursuite en s'écartant de la transcription du témoignage qu'il a livré en vertu de l'art. 83.28, il sera alors loisible au ministère public d'utiliser cette transcription pour attaquer sa crédibilité et peut-être même pour étayer une demande visant à le faire déclarer témoin hostile, et d'avoir ainsi l'avantage supplémentaire de contre-interroger son propre témoin : voir l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Dans les cas où elle existe, la transcription risque non seulement de servir de déclaration antérieure incompatible, mais aussi d'être utilisée pour établir la véracité de son contenu : voir l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

Certes, le contenu de la transcription finirait par être divulgué aux avocats de la défense conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, mais cela n'a pas

133

134

135

136

that the transcript could not be shown to the persons best able to comment on its accuracy in relation to them, namely the accused Malik and Bagri.

empêché la juge président l'investigation d'interdire expressément de montrer la transcription aux personnes les plus aptes à en commenter l'exactitude en ce qui les concernait, à savoir les accusés MM. Malik et Bagri.

137 My colleagues give little weight to the Crown's resort to s. 83.28 as a form of "mid-trial" discovery and simply argue at para. 101 that

Mes collègues accordent peu d'importance au fait que le ministère public se soit servi de l'art. 83.28 pour obtenir une forme d'interrogatoire « au milieu du procès », et font simplement valoir, au par. 101, que

the presumption of openness for the judicial investigative hearing and the participation of counsel for the accused from the outset would have overcome any concerns regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial.

la présomption de publicité de l'investigation judiciaire et la participation des avocats des accusés dès le départ auraient permis d'apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

This analysis, with all due respect, sidesteps the significance of at least one of the purposes the Crown was seeking to achieve in the first place by resort to the s. 83.28 procedure, as will now be discussed.

En toute déférence, comme nous allons maintenant le constater, cette analyse ne tient pas compte de l'importance que revêt au moins l'un des objectifs que le ministère public cherchait à atteindre au départ en recourant à la procédure prévue à l'art. 83.28.

D. Use of Section 83.28 to Obtain Mid-Trial Discovery of an Uncooperative Witness Was an Abuse of Process

D. Le recours à l'art. 83.28 pour obtenir l'interrogatoire, au milieu du procès, d'un témoin peu coopératif constituait un abus de procédure

138 It is apparent that in this case an investigative procedure designed for the purpose of gathering information at the pre-charge stage was invoked behind the backs of the accused in part at least to obtain advance discovery of an uncooperative prosecution witness not only after charges were laid but during the Air India trial itself.

Il est évident, en l'espèce, qu'une procédure d'enquête conçue pour recueillir des renseignements avant le dépôt d'accusations a servi, à l'insu des accusés et du moins en partie, à obtenir la communication anticipée de renseignements par un témoin à charge peu coopératif, non seulement après le dépôt des accusations, mais encore pendant le procès Air India lui-même.

139 The Crown, as well as defence counsel, are only in the initial stages of grappling with the proper limits of s. 83.28. Nevertheless, its use in this case goes far beyond what was suggested in Parliament by the responsible Minister:

Le ministère public et les avocats de la défense ne font que commencer à s'attaquer au problème des limites auxquelles doit être assujetti l'art. 83.28. Néanmoins, le recours à cette disposition dans la présente affaire va bien au-delà de ce que le ministre responsable a indiqué en Chambre :

Bill C-36 would also provide for investigative hearings under the criminal code. These hearings would permit the gathering of evidence in investigations of

Le projet de loi C-36 prévoit également la tenue d'audiences d'enquête en vertu du Code criminel. Ces audiences permettraient de recueillir des preuves durant

terrorism offences prior to the laying of charges. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, at p. 6166)

Section 83.28 does not cease to be available to investigators once charges have been laid, but there is nothing in s. 83.28 to suggest that Parliament intended to confer on the Crown a right of mid-trial discovery of uncooperative witnesses before a different judge where the Crown proceeds by direct indictment in the trial of criminal offences, even if those offences involve terrorist acts. Section 83.28 was not designed to serve as a sort of halfway house between a preliminary hearing and a direct indictment.

My colleagues write that “[t]he place of the judiciary in such investigative contexts is to act as a check against state excess” (para. 86), but the point, in my opinion, is that, on the particular facts of this case, the s. 83.28 order was itself “state excess”. So far as Malik and Bagri are concerned, the presence of the judge presiding over the examination adds weight to its coercive potential and strengthens the hand of the prosecution. The Crown’s trial tactic to use s. 83.28 to deal with an uncooperative witness in the ongoing Air India trial, on the facts of this particular case, was abusive of the proper role of the judiciary.

III. The Terms of the Initial Section 83.28 Order Were Inappropriate

The motions judge, Dohm A.C.J., who heard the motion *ex parte* and therefore did not have the advantage of hearing submissions from anyone other than the Crown, ordered the appellant examined on the following conditions:

- (a) “The Investigative Hearing shall take place *in camera*”;

des enquêtes sur des actes de terrorisme, avant que des accusations ne soient portées. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 16 octobre 2001, p. 6166)

Les enquêteurs peuvent toujours recourir à l’art. 83.28 après le dépôt des accusations, mais rien n’indique, dans cet article, que le législateur a voulu accorder au ministère public le droit d’obtenir, au milieu du procès et devant un autre juge, l’interrogatoire de témoins peu coopératifs, lorsqu’il procède par mise en accusation directe dans le contexte d’un procès portant sur des infractions criminelles, même celles comportant la perpétration d’actes terroristes. L’article 83.28 n’est pas conçu pour servir de moyen terme entre l’enquête préliminaire et la mise en accusation directe.

Mes collègues estiment que, « [d]ans ce contexte d’enquête, le rôle du pouvoir judiciaire est de refréner les excès de l’État » (par. 86), mais il reste, selon moi, qu’au vu des faits particuliers de la présente affaire l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 constituait elle-même un « excès de l’État ». En ce qui concerne MM. Malik et Bagri, la présence du juge qui préside l’interrogatoire contribue à augmenter le risque de coercition auquel ils sont exposés et à renforcer la position de la poursuite. Selon les faits de la présente affaire, la stratégie de prétoire du ministère public, ayant consisté à recourir à l’art. 83.28 pour s’occuper d’un témoin peu coopératif au procès Air India en cours, constitue un abus du rôle que doit jouer le pouvoir judiciaire.

III. Les modalités de l’ordonnance initiale fondée sur l’art. 83.28 étaient inappropriées

Le juge en chef adjoint Dohm, qui a entendu la demande *ex parte* et n’a donc pas eu l’avantage d’entendre d’autres arguments que ceux du ministère public, a ordonné que l’appelant soit interrogé aux conditions suivantes :

[TRADUCTION]

- a) « l’investigation se déroulera à huis clos »;

140

141

- (b) “[The appellant] may be represented by counsel at the Investigative Hearing”;
- (c) “[The appellant] shall be examined on oath by the Attorney General’s agent, and shall not be examined by any other person”;
- (d) “[The appellant] shall answer questions put . . . and shall produce to the presiding judge things that are ordered to be produced unless protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege”;
- (e) “[The appellant] shall not disclose, except to [his or her] counsel, any information or evidence obtained at the Investigative Hearing without the consent of the Attorney General or his agent”;
- (f) “Notice shall not be given to Ripudaman Singh Malik or Ajaib Singh Bagri.”
- b) « [l’appelant] pourra être représenté par un avocat à l’investigation »;
- c) « l’interrogatoire sous serment de [l’appelant] ne sera effectué que par le représentant du procureur général et par personne d’autre »;
- d) « [l’appelant] devra répondre aux questions posées [. . .] et produire au juge qui présidera les choses exigées par l’ordonnance à moins qu’elles ne soient protégées par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges »;
- e) « [l’appelant] ne pourra divulguer qu’à son avocat tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l’investigation, et ce, à condition d’avoir préalablement obtenu le consentement du procureur général ou de son représentant »;
- f) « Aucun préavis ne sera donné à Ripudaman Singh Malik ou à Ajaib Singh Bagri. »

(Emphasis added.)

The effect of the order was to confer a significant advantage on the prosecution. No provision was made in the order to advise the trial judge, Josephson J., of what was afoot. Yet, Josephson J. is the judge charged with ensuring that Malik and Bagri receive a fair trial. Not only would the Crown have had the exclusive right to put the questions, but Malik and Bagri, under the terms of the original order, would be deprived of the opportunity given to the Crown of hearing the appellant’s testimony, and of appraising its likely strength, which is one of the usual benefits of discovery, i.e. whether the witness

is dull or quick-witted and whether he is accurate or otherwise in his testimony. Also, if he is given to exaggeration or over-emphasis; whether he is lacking in confidence; if his memory is good or bad and if he is honest. The examination is generally useful in determining the manner or line of cross-examination that will be most effective at the trial. [Emphasis added.]

(G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11)

(Je souligne.)

L’ordonnance conférait un avantage important à la poursuite. Elle ne contenait aucune disposition prévoyant que le juge du procès, le juge Josephson, serait informé de ce qu’on s’apprêtait à faire. Pourtant, c’est au juge Josephson qu’il incombe de veiller à ce que MM. Malik et Bagri subissent un procès équitable. Non seulement le ministère public aurait-il eu le droit exclusif de poser les questions, mais encore les modalités de l’ordonnance initiale privaient MM. Malik et Bagri de l’un des avantages habituels de l’interrogatoire, soit la possibilité, offerte au ministère public, d’entendre le témoignage de l’appelant et d’en apprécier la force probable, c’est-à-dire de savoir si le témoin

[TRADUCTION] a l’esprit lent ou vif et si son témoignage est exact ou non. De même, s’il est porté à exagérer ou à trop insister sur certains points, s’il manque d’assurance, s’il a une bonne ou une mauvaise mémoire et s’il est sincère. L’interrogatoire est généralement utile pour déterminer la façon de contre-interroger qui sera la plus efficace au procès. [Je souligne.]

(G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11)

Despite the order of Dohm A.C.J. that Malik and Bagri were not to be notified of the s. 83.28 hearing, they found out about it. Malik, in particular, complained that the effect of the order, as issued, would have been that while they faced a judge-alone trial in the courthouse before Josephson J., elsewhere in the building

the Crown was obtaining a secretive discovery of the evidence of a witness, with another judge of the same court presiding over that hearing. The result is disturbing; the court appears to be “taking sides” by actively and secretly assisting the Crown’s case in an ongoing trial. This result undermines public confidence in the judiciary and it violates the judiciary’s independence and impartiality.

The hearing judge, Holmes J., accepted in part the validity of this complaint. She wrote:

I agree with [counsel for Malik] that if s. 83.28 were applied so as to provide to the Crown a form of pre-trial preparation or discovery that is unavailable to the defence, then it would create an unfair advantage for the Crown that puts the accused person’s fair trial rights seriously at risk. [Emphasis added.]

This conclusion must be read in light of my colleagues’ assertion at para. 87, with which I agree, that “once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted”. I would add that it is not the proper role of the s. 83.28 judge to become an extra player in an ongoing trial in another judge’s courtroom, especially where the intervention is not disclosed to the trial judge. The connection between the Air India trial and the s. 83.28 hearing was plain and obvious and it was the responsibility of all concerned to ensure that the rights of the accused before Josephson J. were not abused in a concurrent and parallel s. 83.28 proceedings.

After the defence got its collective foot inside the s. 83.28 courtroom door and was able to make

Bien que le juge en chef adjoint Dohm ait interdit de les aviser de l’investigation fondée sur l’art. 83.28, MM. Malik et Bagri en ont appris l’existence. Monsieur Malik, en particulier, s’est plaint que l’ordonnance rendue faisait en sorte que, pendant qu’au palais de justice M. Bagri et lui subissaient leur procès devant un juge seul, à savoir le juge Josephson, ailleurs dans le même édifice,

[TRADUCTION] le ministère public obtenait en secret la déposition d’un témoin dans le cadre d’une investigation présidée par un autre juge du même tribunal. Le résultat est troublant; le tribunal semble « se ranger dans un camp » en participant activement et secrètement à la constitution de la preuve du ministère public dans un procès en cours. Ce résultat mine la confiance du public dans les tribunaux et compromet l’indépendance et l’impartialité des juges.

La juge Holmes qui présidait l’investigation a reconnu en partie le bien-fondé de cette plainte, en concluant ceci :

[TRADUCTION] Je conviens avec [l’avocat de M. Malik] que si l’on applique l’art. 83.28 de manière à permettre en quelque sorte au ministère public, sans que la défense ne puisse elle-même le faire, de se préparer au procès ou d’obtenir une communication préalable de renseignements, le ministère public jouira alors d’un avantage injuste qui compromettra sérieusement les droits de l’accusé à un procès équitable. [Je souligne.]

Il faut interpréter cette conclusion au regard de l’affirmation de mes collègues — à laquelle je souscris — voulant que « dès qu’une mesure législative requiert l’aide du pouvoir judiciaire, il fa[ille] veiller à ce que l’intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87). J’ajouterais que le juge qui agit en vertu de l’art. 83.28 ne doit pas devenir un joueur supplémentaire dans un procès en cours devant un autre juge, particulièrement si son intervention se fait à l’insu du juge du procès. Il y avait un lien clair et net entre le procès Air India et l’investigation fondée sur l’art. 83.28, et il incombe à tous les intéressés de s’assurer que les droits des accusés devant le juge Josephson ne soient pas bafoués dans des procédures concomitantes et parallèles fondées sur l’art. 83.28.

Après que la défense se soit vu accorder la possibilité de présenter des observations dans la salle

142

143

144

145

representations, Holmes J. allowed counsel for Malik and Bagri to participate in the s. 83.28 hearing on restricted terms:

- (a) “If information is given in the hearing that does not relate to the trial, counsel for the accused Malik and Bagri are to leave the hearing.”
- (b) “The accused Malik and Bagri will not be present at the investigative hearing.”
- (c) “There will be no disclosure, including to them, of information or evidence obtained in the hearing except with the consent of the agent for the Attorney General or by order of the court.”
- (d) “The hearing will take place *in-camera*.”

In short, the Crown was authorised to proceed with its discovery of the appellant before a judge other than the trial judge without the two accused being present to instruct their counsel, or to know what had transpired.

IV. The Defects in the Section 83.28 Order Were Not Cured by Amendments Made by the Hearing Judge

146 The issue is not just whether the hearing judge greatly improved the terms of the s. 83.28 order obtained *ex parte* by the Crown, which she did, but whether the s. 83.28 hearing of the appellant should proceed at all in the time frame sought by the Crown.

147 Holmes J. ordered the hearing to proceed because in her view the “predominant *purpose*” of the s. 83.28 hearing was not the ongoing trial but the ongoing investigation:

d’audience où se tenait l’investigation fondée sur l’art. 83.28, la juge Holmes a autorisé les avocats de MM. Malik et Bagri à participer aux procédures à certaines conditions :

[TRADUCTION]

- a) « Si des renseignements sans rapport avec le procès sont divulgués au cours de l’investigation, les avocats des accusés MM. Malik et Bagri devront quitter la salle. »
- b) « Les accusés MM. Malik et Bagri n’assisteront pas à l’investigation. »
- c) « Aucune divulgation, même à ceux-ci, des renseignements ou éléments de preuve obtenus lors de l’investigation ne pourra avoir lieu sans le consentement du représentant du procureur général ou une ordonnance du tribunal. »
- d) « L’investigation se déroulera à huis clos. »

Bref, le ministère public était autorisé à procéder à l’interrogatoire préalable de l’appelant devant un autre juge que le juge du procès, sans que les deux accusés ne soient présents pour donner des instructions à leur avocat, ou pour savoir ce qui s’était passé.

IV. Les modifications apportées par la juge président l’investigation n’ont pas remédié aux lacunes de l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28

Il ne s’agit pas simplement de savoir si la juge président l’investigation a amélioré considérablement les modalités de l’ordonnance *ex parte* que le ministère public a obtenue en vertu de l’art. 83.28 — ce qu’elle a fait —, mais encore faut-il décider s’il y a lieu que l’investigation à laquelle l’ordonnance susmentionnée enjoint à l’appelant de se présenter se déroule selon l’échéancier sollicité par le ministère public.

La juge Holmes a ordonné la tenue de l’investigation prévue par l’art. 83.28 parce qu’elle estimait que celle-ci avait pour « *objet* prédominant » de faire progresser non pas le procès en cours, mais l’enquête en cours :

I conclude that the factual record supports the Crown's position that the proposed hearing is predominantly for the purpose of furthering the Air India investigation as a whole, although it will undoubtedly have the incidental effect of providing the Crown with an opportunity for preparation or discovery in relation to the continuing trial.

My colleagues Iacobucci and Arbour JJ. do not agree with the hearing judge's "predominant purpose" test, but would still defer to the hearing judge's conclusion on the theory that she must have meant something other than what she said. They write (at para. 99):

Although the hearing judge expressed her conclusion in terms of a predominant purpose for the investigative hearing, in looking at her findings we are satisfied that she was using that expression to mean improper purpose or with an oblique motive.

My colleagues thereby substitute for the hearing judge's essentially fact based test (*predominant purpose*) an essentially law based test (*improper purpose*).

Even accepting that an "improper purpose" standard was applied by the hearing judge (although nowhere referred to), this begs the question of whether it is "proper" for a s. 83.28 hearing to proceed when there are twin purposes, one of which is for use as witness discovery in an ongoing criminal trial. The Crown argues that this Court should defer to the decision of the hearing judge on that point, citing *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. In my view this reliance is misplaced once the test of "predominant purpose" is replaced by a test of "improper purpose". Far from being an issue of fact, the propriety of the relationship between investigations under s. 83.28 and an ongoing related criminal trial is a question of important precedential value. A determination on the issue by this Court requires an examination of how to reconcile the Crown's dual role in investigations under s. 83.28 on the one hand and as "minister of justice" in the criminal trial process on the other. This issue engages the "law making role" of this Court. I agree that the *propriety* of the resort to s. 83.28 is a better test than "predominant purpose", but I do not agree with the submission that we should defer to the

[TRADUCTION] Je conclus que les faits présentés étaient la thèse du ministère public selon laquelle l'investigation projetée a pour objet prédominant de faire progresser l'ensemble de l'enquête sur la tragédie d'Air India, même s'il ne fait aucun doute qu'elle aura pour effet accessoire de donner au ministère public la possibilité de se préparer ou d'obtenir des renseignements à l'égard du procès en cours.

Mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, ne souscrivent pas au critère de l'« objet prédominant » adopté par la juge président l'investigation, mais ils sont quand même d'avis de s'en remettre à sa conclusion en supposant qu'elle a voulu dire autre chose que ce qu'elle a dit. Ils écrivent ceci (par. 99) :

Bien que la juge président l'investigation ait parlé d'objet prédominant de l'investigation dans la conclusion qu'elle a tirée, nous sommes convaincus, d'après ses constatations, qu'elle a utilisé cette expression au sens d'objet illégitime ou de motif inavoué.

Mes collègues ont, de ce fait, remplacé le critère essentiellement factuel (objet *prédominant*) adopté par la juge président l'investigation par un critère essentiellement juridique (objet *illégitime*).

Même en admettant que la juge président l'investigation a appliqué une norme de l'« objet illégitime » (bien que ce ne soit mentionné nulle part), cela ne répond pas à la question de savoir s'il est « légitime » de procéder à une investigation fondée sur l'art. 83.28 qui vise deux objectifs, dont celui d'interroger un témoin dans le cadre d'un procès criminel en cours. Le ministère public renvoie à l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, pour prétendre que la Cour devrait s'en remettre à la décision rendue à cet égard par la juge président l'investigation. À mon avis, ce renvoi à l'arrêt *Housen* perd toute justification dès que le critère de l'« objet prédominant » est remplacé par le critère de l'« objet illégitime ». Loin de constituer une question de fait, la légitimité du lien établi entre une investigation fondée sur l'art. 83.28 et un procès criminel connexe en cours a une grande importance sur le plan jurisprudentiel. Pour trancher cette question, notre Cour doit examiner la façon de concilier le rôle que joue le ministère public dans une investigation fondée sur l'art. 83.28, d'une part, et celui de « ministre de la justice » qu'il joue dans un procès criminel, d'autre part. Cette question fait intervenir

hearing judge's conclusion on this point (if indeed it can be said she reached any such conclusion, given that she thought she was applying a different test).

le « rôle de législateur » de notre Cour. Je conviens que le critère de la *légitimité* du recours à l'art. 83.28 est meilleur que celui de « l'objet prédominant », mais je ne souscris pas à l'argument selon lequel nous devrions nous en remettre à la conclusion tirée à cet égard par la juge président l'investigation (si on peut vraiment considérer qu'elle a tiré cette conclusion, étant donné qu'elle croyait appliquer un critère différent).

149 It is clear on the facts that one of the purposes of the s. 83.28 hearing in this case was to discover the evidence of the appellant in relation to the Air India trial. At this point it is convenient to recall the Crown's submissions to the hearing judge about the *admitted* linkages between the s. 83.28 hearing and the Air India trial. (In fairness to Dohm A.C.J., these matters did not emerge until after he had made the *ex parte* order.) Firstly, in addressing the impact of the delay associated with the constitutional challenge to s. 83.28, Crown counsel advised Holmes J. with respect to the Air India trial that

Les faits démontrent clairement qu'en l'espèce l'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était d'obtenir la communication de la preuve que l'appelant produirait au procès Air India. Il convient ici de rappeler les observations que le ministère public a présentées à la juge président l'investigation au sujet des liens *reconnus* entre l'investigation fondée sur l'art. 83.28 et le procès Air India. (Pour être juste envers le juge en chef adjoint Dohm, mentionnons que ces questions se sont posées seulement après qu'il eut rendu l'ordonnance *ex parte*.) Premièrement, en abordant la question de l'incidence du délai lié à la contestation constitutionnelle de l'art. 83.28, l'avocat du ministère public a informé la juge Holmes qu'en ce qui concerne le procès Air India

the Crown will not be calling [the appellant] as had been contemplated in the early part of September.

[TRADUCTION] le ministère public n'assignera pas [l'appelant] au début du mois de septembre, comme il avait prévu le faire.

The explanation for this delay was that the Crown wanted the s. 83.28 transcript available when the appellant climbed into the witness box. To make this purpose clear, Crown counsel added:

Il a expliqué ce délai par la volonté du ministère public que la transcription obtenue en vertu de l'art. 83.28 soit disponible au moment où l'appelant se présenterait à la barre des témoins. Pour bien préciser cet objet, l'avocat du ministère public a ajouté :

... obviously the Crown is anxious to have this [s. 83.28] investigative hearing take place before the conclusion of the Crown's case in *R. v. Malik and Bagri*. That is of critical significance to — or of great significance to the Crown's position and the Crown's decision whether or not it will call [the appellant] as a witness at the trial. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... de toute évidence, le ministère public tient beaucoup à ce que cette investigation [fondée sur l'art. 83.28] ait lieu avant la conclusion de sa preuve dans l'affaire *R. c. Malik and Bagri*. Cela revêt une importance cruciale ou considérable pour la thèse du ministère public et en ce qui concerne sa décision d'assigner ou non [l'appelant] comme témoin au procès. [Je souligne.]

150 In other words, the s. 83.28 evidence was required for the purpose of determining an important component of the Crown's trial strategy in the Air India case, at least in relation to the use (or non-use) of the appellant as a Crown witness.

Autrement dit, le ministère public avait besoin de la preuve obtenue en vertu de l'art. 83.28 pour définir un aspect important de sa stratégie de prétoire dans l'affaire Air India, du moins en ce qui concernait l'opportunité d'assigner l'appelant comme témoin à charge.

As recently as its factum filed with this Court, the Crown proposed a timetable under which the appellant would testify at the Air India trial on November 3, 2003 but not before the s. 83.28 hearing then scheduled by the Crown for October 26-27, 2003.

In short, there is no doubt at all on the record that the Crown intended to use the s. 83.28 procedure at least in part for the purpose of a pre-trial (or mid-trial) discovery of the appellant. It is not necessary for present purposes to agree or disagree with the hearing judge's assessment of the predominant purpose. It is enough to note her recognition that *one* of the purposes was pre-trial (or mid-trial) discovery, and to ask whether *that* purpose was improper.

The hearing judge was alive to the problem. She expressed a caveat:

... if the conduct of the investigation, including through an investigative hearing ordered under s. 83.28, causes a breach of [Malik and Bagri's] *Charter* rights, they may apply to the [Air India] trial judge for a remedy.

The problem, of course, is that at the stage it reaches the trial judge, the Crown will already have had its "mid-trial" discovery. It will have used that discovery to decide whether or not to call the appellant. While the trial judge may restrict the use of the transcript at trial in some respects, the Crown would have obtained in advance the information that it truly wants, namely the compelled disclosure of what the appellant is likely to say. Such a preview is a significant advantage. An unpredictable witness who says unexpected things in the witness box might not just disappoint the Crown's desire to advance the prosecution, such a witness could also say things that might do serious damage to the Crown's case. That, presumably, is why the Crown was anxious to delay the appellant's appearance at the Air India trial until after the s. 83.28 hearing had tied the appellant to a particular version of events.

Tout récemment, lors du dépôt de son mémoire devant la Cour, le ministère public a proposé un échéancier prévoyant que l'appelant témoignerait au procès Air India le 3 novembre 2003, mais pas avant l'investigation fondée sur l'art. 83.28 qu'il avait alors fixée aux 26 et 27 octobre 2003.

Bref, il n'y a absolument aucun doute, au vu du dossier, que le ministère public entendait utiliser, en partie du moins, la procédure prévue à l'art. 83.28 pour interroger l'appelant avant le procès (ou au milieu de celui-ci). Pour les besoins de la présente affaire, il n'est pas nécessaire d'être en accord ou en désaccord avec l'évaluation de l'objet prédominant par la juge qui a présidé l'investigation. Il suffit de noter qu'elle a reconnu que l'interrogatoire avant le procès (ou au milieu de celui-ci) était *l'un* des objets visés, et de se demander si *cet* objet était illégitime.

La juge présidant l'investigation était consciente du problème. Elle a formulé une réserve :

[TRADUCTION] ... si la conduite de l'enquête, notamment par la tenue de l'investigation ordonnée en vertu de l'art. 83.28, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*, [MM. Malik et Bagri] peuvent demander au juge du procès [Air India] de remédier à la situation.

Il va sans dire que le problème est qu'au moment où il se présentera devant le juge du procès, le ministère public aura déjà procédé à son interrogatoire « au milieu du procès ». Il s'en sera servi pour décider d'assigner ou non l'appelant comme témoin. Bien que le juge du procès puisse, à certains égards, limiter l'utilisation de la transcription au procès, le ministère public aura obtenu d'avance les renseignements qu'il veut réellement, à savoir la divulgation forcée du témoignage que l'appelant est susceptible de livrer. Un tel aperçu est un avantage important. Un témoin imprévisible qui tient des propos inattendus à la barre des témoins risque non seulement de contrecarrer la volonté du ministère public de faire progresser sa cause, mais encore de nuire sérieusement à la preuve de ce dernier. C'est sans doute pour cette raison que le ministère public tenait à retarder la comparution de l'appelant au procès Air India jusqu'à ce que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 ait permis de relier l'appelant à une version particulière des faits.

151

152

153

154

155

I fully recognize the onerous and difficult responsibilities faced by Crown counsel in the Air India trial. Nevertheless, in the s. 83.28 procedure, as my colleagues emphasize, “the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest” (para. 95). It is sometimes not an easy matter for the Crown to accommodate its duty to act impartially in the public interest and its role as advocate in an accusatorial adversarial criminal prosecution. Here, in my view, Crown counsel is not engaged in a detached investigative role, but seeks to bootstrap its case in the Air India trial by resort to s. 83.28 as a mid-trial discovery procedure. The issue is not one of high principle but trial tactics. Whether resort to such tactics is proper or improper is one of the questions of law to be settled by this Court.

156

If the Crown’s dominant concern were truly to press ahead with an “ongoing investigation”, it could have called the appellant to testify before Josephson J. at any time after the Air India trial started on April 28, 2003, by special arrangement or otherwise. This would have freed the s. 83.28 hearing from any constraints posed by the trial of Malik and Bagri.

157

In any event, I believe my colleagues’ “improper purpose” test is too narrow. The Court’s concern is not exhausted by whether there has been shown bad faith or “oblique motive” on the part of the Crown prosecutor. The Court must act on a broader basis to protect the public interest in a “fair and just trial process and the proper administration of justice”: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007. What is important is not only the Crown’s *purpose* but, as much or more so in this case, the *effect* of the s. 83.28 order on the ongoing Air India trial. It is significant that a tactical split has developed between Bagri, who would now like his counsel to examine the appellant in the s. 83.28 hearing, and Malik, who opposes it. If the prejudicial effects of the s. 83.28

Je reconnais parfaitement l’importance et la complexité des responsabilités qui incombent à l’avocat du ministère public dans le procès Air India. Cependant, comme le soulignent mes collègues, « le législateur a voulu [qu’en participant à l’investigation prévue par l’art. 83.28] le ministère public se conforme au rôle qu’il doit jouer en tant qu’officier de justice et à son obligation d’agir impartialement dans l’intérêt public » (par. 95). Il est parfois difficile au ministère public de concilier son devoir d’agir impartialement dans l’intérêt du public et son rôle de plaideur dans des poursuites criminelles de nature accusatoire et contradictoire. J’estime qu’en l’espèce l’avocat du ministère public joue non pas un rôle d’enquêteur désintéressé, mais cherche plutôt à étoffer sa preuve dans le procès Air India en recourant à l’art. 83.28 pour procéder à un interrogatoire au milieu du procès. Ce qui est en jeu est non pas un grand principe, mais plutôt une stratégie de prétoire. La légitimité du recours à de telles stratégies est une question de droit que notre Cour doit trancher.

Si le principal souci du ministère public avait vraiment été de faire progresser une « investigation en cours », il aurait pu, au moyen d’une entente spéciale ou autrement, assigner l’appelant à témoigner devant le juge Josephson en tout temps après l’ouverture du procès Air India, le 28 avril 2003. L’investigation fondée sur l’art. 83.28 aurait ainsi été dépourvue de toute contrainte émanant du procès de MM. Malik et Bagri.

Quoi qu’il en soit, je crois que le critère de l’« objet illégitime » adopté par mes collègues est trop strict. La préoccupation de la Cour ne se limite pas à la question de savoir si l’on a démontré l’existence de mauvaise foi ou d’un « motif inavoué » chez l’avocat du ministère public. La Cour doit agir dans une perspective plus large afin de protéger l’intérêt du public dans un « régime de procès justes et équitables et [. . .] la bonne administration de la justice » : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007. L’*incidence* de l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 sur le procès Air India en cours est en l’espèce aussi important, voire plus important, que l’*intention* du ministère public. Le fossé stratégique qui s’est creusé entre M. Bagri, qui aimerait que son avocat

proceeding on the fair trial rights of Malik or Bagri or either of them can be eliminated by delaying the s. 83.28 hearing until after appellant testifies at the Air India trial, then, in my opinion, the s. 83.28 hearing should be delayed.

There might be exigent circumstances in another case where such a tilt in the playing field could be justified, perhaps in the face of an apprehended *future* terrorist act for example. That is not this case.

V. Should the Appellant Be Defeated by the Ruling in *Housen v. Nikolaisen*?

The Crown relies on *Housen v. Nikolaisen, supra*, for the proposition that this Court should defer to the decision of the hearing judge to allow the s. 83.28 hearing to proceed.

While the hearing judge found as a “fact” that the Air India investigation was the “predominant purpose”, the link to the Air India trial was plain and obvious and acknowledged by the Crown. My colleagues rightly reject the “predominant purpose” test. The question at this point, therefore, is whether the Crown’s purpose insofar as it related to the Air India trial was “improper”. That is not an issue of fact. It is a matter of opinion.

In *Housen v. Nikolaisen*, Iacobucci and Major JJ. pointed out at para. 36 that

[m]atters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness.

A finding of improper purpose, like a finding of negligence, is an issue of mixed fact and law. Further, a finding of impropriety lies at the “legal” end of the

interroge l’appelant dans le cadre de l’investigation fondée sur l’art. 83.28, et M. Malik, qui s’y oppose, est significatif. Si le report de l’investigation prévue par l’art. 83.28 à une date postérieure au témoignage de l’appelant au procès Air India peut permettre d’en éliminer l’incidence préjudiciable sur les droits de M. Malik ou de M. Bagri à un procès équitable, j’estime qu’elle doit être reportée.

Il se pourrait que, dans une autre affaire, l’urgence de la situation justifie de modifier les règles du jeu, par exemple, en cas de *menace* d’acte terroriste. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

V. L’appelant doit-il échouer en raison de l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*?

Le ministère public se fonde sur l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, précité, pour prétendre que notre Cour devrait s’en remettre à la décision de la juge président l’investigation d’autoriser l’investigation fondée sur l’art. 83.28.

Bien que la juge président l’investigation ait tiré la conclusion « de fait » que l’enquête sur la tragédie d’Air India constituait l’« objet prédominant », l’existence du lien avec le procès Air India est claire et nette et reconnue par le ministère public. Mes collègues ont rejeté, à bon droit, le critère de l’« objet prédominant ». Il s’agit donc maintenant de déterminer si l’intention du ministère public était « illégitime » en ce qui concernait le procès Air India. Ce n’est pas une question de fait. C’est une question d’opinion.

Dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, par. 36, les juges Iacobucci et Major ont souligné que

[L]es questions mixtes de fait et de droit s’étalent le long d’un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée d’une erreur imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

Comme pour la négligence, la conclusion qu’un objet ou une intention est illégitime est une question mixte de fait et de droit. En outre, la conclusion

158

159

160

161

162

spectrum because it is the product of applying a legal standard to the facts established in evidence before the hearing judge. When we say something is improper we are implicitly, if not explicitly, doing so by reference to a standard of propriety. That is a legal issue.

d'illégitimité se situe à l'extrémité « juridique » du spectre étant donné qu'elle résulte de l'application d'une norme juridique aux faits établis en preuve devant le juge président l'investigation. Lorsque nous affirmons que quelque chose est illégitime, nous le faisons implicitement, voire explicitement, en fonction d'une norme de légitimité. C'est là une question de droit.

163 It is also, in this case, an important issue of legal practice. This appeal does not come to us as a general constitutional reference brought by the government to determine the validity of s. 83.28, although that is an important element of what we have to deal with. The appellant brings the case here not to make new law but to obtain practical relief.

Cela représente également, en l'espèce, une importante question de pratique du droit. Il n'est pas question ici d'un renvoi constitutionnel général dans lequel le gouvernement nous demande de nous prononcer sur la validité de l'art. 83.28, quoiqu'il s'agisse là d'un aspect important du problème que nous sommes appelés à régler. L'appelant a formé le présent pourvoi non pas pour créer du droit nouveau, mais pour obtenir un redressement concret.

VI. The Result Was an Abuse of Process

VI. Un abus de procédure a résulté

164 The inherent power of a court to stay abusive proceedings has been discussed in a number of decisions including *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391.

Le pouvoir inhérent d'un tribunal d'ordonner l'arrêt de procédures abusives a été analysé dans un certain nombre de décisions, dont *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

165 In those cases, the Court set the bar to obtain a stay very high because what was sought was an end to a prosecution. What is sought here is in the nature of a flexible common law remedy available to the courts to protect the integrity of their own processes. A temporary stay in this case would have required nothing more than a scheduling change.

Dans ces décisions, la Cour a assujéti l'arrêt des procédures à un critère très exigeant étant donné que c'était la fin des poursuites qui était sollicitée. En l'espèce, ce qui est sollicité tient d'un redressement souple de common law que les tribunaux peuvent accorder pour préserver l'intégrité de leurs propres procédures. En l'occurrence, la suspension temporaire n'aurait nécessité rien de plus qu'une modification de l'échéancier.

166 There is nothing in the material to suggest that postponement of the s. 83.28 hearing until after the appellant had testified would have prejudiced any "ongoing investigation" into other aspects of the Air India disaster. That investigation has been "ongoing" for almost 20 years.

Rien dans la documentation soumise n'indique que le report de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 à une date postérieure au témoignage de l'appelant aurait nuit à une « investigation en cours » portant sur d'autres aspects de la tragédie d'Air India. Comme nous l'avons vu, cette investigation ou enquête durait depuis près de 20 ans.

The Crown was not entitled to a mid-trial examination for discovery of an uncooperative witness according to the ordinary rules of criminal procedure and it should have been stopped. This brings us back to the point of my commencement. The courts should treat with healthy scepticism a government claim that the war against terrorism, important as it is, should trump the normal processes of the law. Situations may arise where that becomes necessary, but this is not one of those cases. At a minimum, alternatives to “trumping” should be explored. Here the interests of the Air India investigation could reasonably be accommodated to the exigencies of the Air India trial by a scheduling change. In these circumstances, in my respectful opinion, the hearing judge erred in giving the Crown the green light to proceed.

VII. Disposition

I would therefore allow the appeal, affirm the constitutional validity of s. 83.28 of the *Criminal Code* when correctly interpreted and properly applied, but I would have entered a stay against the s. 83.28 hearing in this proceeding until after the appellant had testified at the trial of Malik and Bagri, or the Crown otherwise had indicated that the appellant would not be called as a prosecution witness.

English version of the reasons of LeBel and Fish JJ. delivered by

LEBEL J. (dissenting) — I agree with Binnie J. that the appeal should be allowed because of the abuse of process by the Crown and would reach the same conclusion as him on that issue. However, with respect for the contrary view, I cannot agree with my colleagues Iacobucci and Arbour JJ. on the issue of judicial independence. In my opinion, s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), compromises judicial independence and should, for this reason, be declared unconstitutional. Due to the manner in which this provision structures relations between the judiciary, the investigative arm of the police and the Crown,

Selon les règles de procédure ordinaires en matière criminelle, le ministère public n’avait pas le droit de procéder, au milieu du procès, à l’interrogatoire d’un témoin peu coopératif, et il aurait dû être empêché de le faire. Cela nous ramène à mon point de départ. Les tribunaux devraient faire montre d’un scepticisme sain à l’égard d’une prétention du gouvernement que la guerre contre le terrorisme, si importante soit-elle, doit avoir préséance sur l’application régulière de la loi. Quoique cette préséance puisse se révéler parfois nécessaire, ce n’est pas le cas en l’espèce. Il y a lieu, à tout le moins, d’explorer d’autres avenues que cette « préséance ». Dans le cas qui nous occupe, une modification de l’échéancier aurait permis de concilier raisonnablement les intérêts de l’enquête sur la tragédie d’Air India avec les exigences du procès Air India. Dans ces circonstances, j’estime, en toute déférence, que la juge président l’investigation a commis une erreur en donnant le feu vert au ministère public.

VII. Dispositif

Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi, je confirmerais la constitutionnalité de l’art. 83.28 du *Code criminel*, interprété et appliqué correctement, mais j’aurais ordonné la suspension de l’investigation fondée sur l’art. 83.28 jusqu’à ce que l’appelant ait témoigné au procès de MM. Malik et Bagri, ou que le ministère public ait autrement indiqué qu’il ne l’assignera pas comme témoin à charge.

Les motifs des juges LeBel et Fish ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) — Je suis d’accord avec le juge Binnie pour reconnaître que le pourvoi devrait être accueilli en raison de l’abus de procédure commis par le ministère public, et pour conclure comme il le propose sur ce point. Toutefois, en toute déférence pour l’avis contraire, je ne puis partager l’opinion exprimée par mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, sur l’indépendance judiciaire. À mon avis, l’art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), porte atteinte à l’indépendance judiciaire et devrait, pour cette raison, être déclaré inconstitutionnel. En raison de la manière dont elle aménage les rapports entre la

it will inevitably lead to the abuses and irregularities described so eloquently by my colleague Binnie J.

magistrature, les services d'enquête policière et le ministère public, cette mesure législative ne peut que produire les abus et les irrégularités que décrit éloquemment l'opinion de mon collègue le juge Binnie.

170

As noted by Iacobucci and Arbour JJ., the principle of judicial independence has a variety of sources. Judicial independence is guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Preamble to and ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*, and it plays an essential role in the proper functioning of Canada's constitutional democracy (*Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 34). This principle, which serves to maintain public confidence in the court system and the rule of law, was established to prevent interference by the executive and legislative branches in the exercise of judicial powers (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("Reference re Judges of the Provincial Court"), at para. 10; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56). The judiciary must remain completely independent of the other branches of government in the performance of its functions (*Mackin, supra*, at para. 35).

Comme le rappellent les juges Iacobucci et Arbour, les sources du principe de l'indépendance judiciaire sont diverses. Protégé à la fois par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que par le préambule et les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe de l'indépendance judiciaire joue un rôle essentiel au bon fonctionnement de la démocratie constitutionnelle de notre pays (*Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 34). Ce principe, qui vise à assurer le maintien de la confiance du public dans le système judiciaire et la primauté du droit, a pour objet d'éviter toute intervention des pouvoirs exécutif et législatif dans l'exercice des pouvoirs judiciaires (*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 »), par. 10; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56). Dans l'exercice de ses fonctions, le pouvoir judiciaire doit donc demeurer complètement indépendant des autres pouvoirs de l'État (*Mackin, précité*, par. 35).

171

The courts have identified three fundamental characteristics of judicial independence: security of tenure, financial security, and administrative independence. Security of tenure means that a judge can be removed from office only for serious and very specific reasons following an independent review process that affords the judge the opportunity to be heard and to defend him- or herself. Financial security safeguards judges' salaries or other remuneration and pensions. Administrative independence, which is not to be confused with institutional independence, a point I will discuss below, gives courts necessary power over matters of administration bearing directly on the exercise of their functions (*Valente, supra*, at pp. 694-712).

La jurisprudence identifie trois caractéristiques essentielles de l'indépendance, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. L'inamovibilité ne permet la révocation que pour des motifs graves et bien déterminés, à la suite d'un examen indépendant et dans le respect d'une procédure qui permette au juge de se faire entendre et de se défendre. La sécurité financière protège la rémunération, le traitement et la pension des juges. Enfin, l'indépendance administrative, qui ne doit pas être confondue avec le critère de l'indépendance institutionnelle dont je discuterai ultérieurement, reconnaît aux tribunaux un pouvoir nécessaire sur les questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice de leurs fonctions (*Valente, précité*, p. 694-712).

Judicial independence also has two dimensions, individual independence and institutional independence, which are distinct from its core characteristics (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 119). On the one hand, individual independence attaches to the individual judge. Judges must be able to discharge their judicial functions without outside interference. Thus, this dimension of independence is concerned with the personal attributes of a judge, such as security of tenure. On the other hand, institutional independence attaches to courts as institutions. Courts must be independent, and appear to be independent, of the legislative and executive branches of government. The institutional dimension of judicial independence thus ensures the separation of powers (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at paras. 118-25; *Mackin, supra*, at para. 39; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at paras. 21-23).

This Court has often stressed the need to safeguard the institutional dimension of judicial independence so that the courts can continue to fulfill their role as guardians of the Constitution (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 123; *Mackin, supra*, at para. 39). If the courts are to retain the ability to provide individuals with effective protection against unwarranted deprivations of their rights and freedoms by the executive and legislative branches, they must necessarily be independent of those branches (*Ell, supra*, at para. 22).

In the case before us, it is important, indeed essential, that these two dimensions of judicial independence not be confused. Thus, although a judge may be independent in fact and act with the utmost impartiality, judicial independence will not exist if the court of which he or she is a member is not independent of the other branches of government on an institutional level. To determine whether judicial independence has been maintained in a specific case, both dimensions of judicial independence therefore have to be reviewed.

As noted by Iacobucci and Arbour JJ., the principle of judicial independence is essential to the

L'indépendance judiciaire comporte aussi deux dimensions, l'une individuelle, et l'autre institutionnelle, qui se distinguent de ses caractéristiques essentielles (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 119). D'un côté, l'indépendance individuelle s'attache au juge. Ce dernier doit effectivement être en mesure de s'acquitter de ses fonctions judiciaires sans ingérence extérieure. Cette dimension de l'indépendance vise donc les attributs personnels du juge, telle l'inamovibilité. De l'autre côté, l'indépendance institutionnelle s'attache aux tribunaux en tant qu'institutions. Les tribunaux doivent, en effet, être indépendants des pouvoirs législatif et exécutif de l'État et paraître tels. La dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire vise donc à assurer la séparation des pouvoirs étatiques (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 118-125; *Mackin, précité*, par. 39; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 21-23).

Notre Cour a souvent souligné la nécessité de préserver la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire afin que les tribunaux restent capables de remplir leur rôle de gardiens de la Constitution (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 123; *Mackin, précité*, par. 39). En effet, pour que les tribunaux puissent protéger efficacement les droits et libertés des justiciables contre les atteintes injustifiées des pouvoirs législatif et exécutif de l'État, ils doivent nécessairement être indépendants face à ces pouvoirs (*Ell, précité*, par. 22).

Il est important, voire primordial dans le cas qui nous occupe, de ne pas confondre ces deux facettes de l'indépendance judiciaire. Ainsi, bien qu'un juge puisse être indépendant de fait et se conduire avec la plus rigoureuse impartialité, l'indépendance judiciaire n'existera pas si le tribunal auquel il appartient ne demeure pas indépendant des autres organes du gouvernement sur le plan institutionnel. Afin de déterminer si l'indépendance judiciaire a été préservée dans un cas donné, un examen des deux dimensions de l'indépendance judiciaire s'avère donc nécessaire.

Comme l'ont souligné les juges Iacobucci et Arbour, le principe de l'indépendance judiciaire

172

173

174

175

preservation of the fundamental normative order of a society founded on the principles of constitutionalism and the rule of law. Judicial independence effectively ensures the maintenance of public confidence in the administration of justice, which is itself an essential precondition for respect for and acceptance of the justice system and the rule of law. Thus, public confidence guarantees the effectiveness of our justice system, while at the same time putting the principle of the rule of law into practice (*Valente, supra*, at p. 689; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 110; *Mackin, supra*, at paras. 34-38). The maintenance of public confidence in the administration of justice is therefore central to concerns relating to judicial independence.

joue un rôle essentiel pour ce qui est de préserver l'ordre normatif fondamental d'une société fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. L'indépendance judiciaire assure effectivement le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice, qui est elle-même une condition indispensable du respect et de l'acceptation du système de justice et de la primauté du droit. Cette confiance du public permet ainsi d'assurer l'efficacité de notre système de justice et, du coup, la mise en œuvre du principe de la primauté du droit (*Valente, précité*, p. 689; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 110; *Mackin, précité*, par. 34-38). Le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice doit donc se situer au cœur des préoccupations relatives à l'indépendance judiciaire.

176 To determine whether a measure compromises judicial independence, it must be asked whether the judicial institution, meaning, on the one hand, the individual judges and, on the other hand, collectively, the institution *per se*, is perceived by the public to be independent:

Afin de déterminer si une mesure porte atteinte à l'indépendance judiciaire, il faut se demander si l'institution judiciaire, tant au niveau des juges qu'à celui, collectif, de l'organisation elle-même, est perçue par le public comme étant indépendante :

Confidence in our system of justice requires a healthy perception of judicial independence to be maintained amongst the citizenry. Without the perception of independence, the judiciary is unable to "claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it": see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 38, *per* Gonthier J. The principle requires the judiciary to be independent both in fact and perception. [Emphasis added.]

Pour que règne la confiance dans notre système de justice, il faut s'assurer que les citoyens aient toujours une saine perception d'indépendance judiciaire. Sans cette perception d'indépendance, le pouvoir judiciaire ne peut pas « prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels » : voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 38, le juge Gonthier. Le principe exige que le pouvoir judiciaire soit non seulement effectivement indépendant, mais encore perçu comme étant indépendant. [Je souligne.]

(*Ell, supra*, at para. 23; *Valente, supra*, at p. 689)

(*Ell, précité*, par. 23; *Valente, précité*, p. 689)

The appropriate test for this purpose is whether a reasonable person who is informed of the relevant statutory provisions would conclude, after viewing the matter realistically and practically, that the judiciary is independent (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 113; *Mackin, supra*, at para. 38). It is important to note, however, that "reasonable person" does not for this purpose mean an experienced legal professional who understands the intricacies of legal issues based on subtle distinctions of which lay persons would generally

Dans cette recherche, il convient d'appliquer le critère de la personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, qui, après avoir envisagé la question de manière réaliste et pratique, conclurait à l'indépendance du pouvoir judiciaire (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 113; *Mackin, précité*, par. 38). Il importe toutefois de préciser qu'à cet égard, la personne raisonnable n'est pas un juriste d'expérience qui comprend les subtilités juridiques basées sur de fines distinctions que les profanes ne décèlent

be unaware. In short, the objective test of the reasonable person should serve to determine whether the public has a positive perception of judicial independence.

When analysed from this perspective, s. 83.28 *Cr. C.* compromises the institutional dimension of judicial independence. To conclude otherwise, it would be necessary to ignore the fundamental distinction between the two dimensions of judicial independence when applying the law to the facts of this case. Although they do discuss the institutional dimension of judicial independence, Iacobucci and Arbour JJ. seem to have inferred the existence of judicial independence from the individual independence of the judge acting pursuant to s. 83.28 without considering whether the institutional dimension was in fact protected. In my colleagues' view, if a judge conducting an investigation pursuant to this provision fails, in exercising his or her discretion, to uphold the rights and freedoms of the person being examined, then, and only then, could it be concluded, after the fact, that judicial independence had been compromised (para. 88).

Holmes J. concluded that s. 83.28 *Cr. C.* does not compromise judicial independence, because the judge conducting the investigation will not be the same as the one who presides at the trial, and because the two proceedings will very rarely take place in the same jurisdiction. This reasoning overlooks the institutional dimension of judicial independence and fails to consider the impact of the statutory provisions in question on that dimension and of the perception a reasonable, well-informed person would have with respect thereto. This analysis considers only the actions of individual judges and their personal impartiality in the conduct of the investigation process.

Without institutional independence or, in other words, without the appearance of a clear separation of powers between the judicial, executive and legislative branches, judicial independence cannot be said to exist. In my view, preserving the appearance

généralement pas. Bref, le critère objectif de la personne raisonnable doit servir à déterminer si le public a une saine perception d'indépendance judiciaire.

Analysé dans cette perspective, l'art. 83.28 *C. cr.* porte atteinte à l'indépendance judiciaire dans sa dimension institutionnelle. Une conclusion contraire repose sur l'omission d'établir cette distinction fondamentale entre les deux dimensions de l'indépendance judiciaire dans l'application du droit aux faits en cause. Bien qu'ils aient discuté de la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire, les juges Iacobucci et Arbour semblent avoir inféré de l'indépendance individuelle du juge agissant en vertu de l'art. 83.28 une conclusion d'indépendance judiciaire, sans examiner si, dans les faits, la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire était protégée. En effet, selon mes collègues, si un juge présidant une investigation en vertu de cette disposition utilisait sa discrétion d'une manière qui n'assure pas la protection des droits et libertés de la personne interrogée, alors, dans ce cas précis, il deviendrait ultérieurement possible de conclure à l'absence d'indépendance judiciaire (par. 88).

Par ailleurs, le juge Holmes a conclu que l'art. 83.28 *C. cr.* ne portait pas atteinte à l'indépendance judiciaire, pour le motif que le juge présidant l'investigation ne sera pas le même que celui présidant le procès et qu'il sera rarissime que ces deux procédures se déroulent dans le même ressort. Ce raisonnement a ainsi omis de prendre en compte la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire et d'examiner les conséquences des mesures législatives en cause à l'égard de cette dernière et de la perception qu'en aurait la personne raisonnable et bien informée. Cette analyse ne prend en considération que le comportement individuel du juge et son impartialité personnelle dans la conduite de la procédure d'enquête.

Sans indépendance institutionnelle, ou, autrement dit, sans étanchéité apparente entre les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif, il ne peut effectivement y avoir d'indépendance judiciaire. À mon sens, la sauvegarde de l'apparence d'une

177

178

179

of a separation of powers is a necessary condition for concluding that judicial independence exists.

séparation des pouvoirs est nécessaire à une conclusion d'indépendance judiciaire.

180 Section 83.28 *Cr. C.* requires judges to preside over police investigations; as such investigations are the responsibility of the executive branch, this cannot but leave a reasonable person with the impression that judges have become allies of the executive branch. This perception that the judicial and executive branches are allied when conducting an investigation pursuant to this provision results, in my view, from the difficulty that a judge presiding over such a process will have protecting the rights and freedoms of the person being examined, the overly broad discretionary powers wielded by the judge, the legislative objectives behind the provision and the very nature of these proceedings, which may be held *in camera*.

L'article 83.28 *C. cr.*, en vertu duquel les juges sont de fait amenés à présider des enquêtes policières, qui relèvent de l'exercice du pouvoir exécutif, ne peut qu'entraîner chez la personne raisonnable une perception que les juges sont devenus alliés du pouvoir exécutif. Cette perception que les pouvoirs judiciaire et exécutif s'associent lors d'une enquête conduite en vertu de cette disposition résulte, à mon avis, de la difficulté qu'aura le juge qui la préside, à l'intérieur d'un pareil système, à protéger les droits et libertés des personnes interrogées, de sa trop grande discrétion, des objectifs législatifs ainsi que de la nature même des procédures qui pourront se tenir à huis clos.

181 Iacobucci and Arbour JJ. found that a judge exercises a judicial function when carrying out such an examination, since ss. 83.28(7) and 83.28(9) *Cr. C.* provide that he or she has the power to vary the terms and conditions of the order and to rule on objections relating to a refusal to answer a question. My colleagues thus conclude that the judge's role here is to protect the interests of the person being examined and thereby act as a shield against unwarranted deprivations thereof by the executive branch. I do not agree. Even if the impugned statutory provisions are interpreted as my colleagues propose, the judge will not have the necessary means to ensure that the rights and freedoms of the person being examined are protected.

Les juges Iacobucci et Arbour ont conclu que le juge exerce une fonction judiciaire lors de l'interrogatoire, car il a le pouvoir, en vertu des par. 83.28(7) et 83.28(9) *C. cr.*, de modifier les conditions de l'ordonnance et de statuer sur les objections concernant le refus de répondre à une question. Mes collègues concluent ainsi que le juge a pour tâche de protéger les intérêts de la personne interrogée et, qu'en ce sens, il remplit sa fonction de bouclier contre les atteintes injustifiées du pouvoir exécutif. Je ne partage pas ces vues. En effet, même en interprétant les dispositions législatives attaquées comme ils le proposent, il reste que le juge n'a pas les moyens nécessaires pour assurer la protection des droits et libertés de la personne interrogée.

182 First, I question how effective the judge's power to rule on objections to evidence in the course of these investigations will actually be. I am sceptical about the view that the rules of evidence set out in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, such as ss. 8 to 12, 19 to 36 and 42, and the common law rules can govern the conduct of such an examination. These rules were created, first and foremost, to govern the building of a case to prove an accused's guilt. They are ill suited to the gathering of information relating to the commission of an offence or to fears that one may have been committed.

D'abord, je m'interroge sur l'efficacité réelle du pouvoir du juge de trancher des objections à la preuve dans le contexte de ces investigations. Je demeure sceptique à l'égard de l'opinion que les règles de preuve fixées par la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, tels les art. 8 à 12, 19 à 36 et 42, et par la common law puissent régir la tenue de l'interrogatoire. Ces règles sont d'abord créées pour régir la constitution d'une preuve de culpabilité d'un accusé. Elles s'adaptent mal à la cueillette d'information relative à la perpétration d'une infraction ou aux craintes qu'une infraction n'ait été commise.

Next, even if I agreed with Iacobucci and Arbour JJ. as to the application of these rules of evidence, the rules would not create a framework allowing judges to effectively protect the rights and freedoms of the person being examined. Indeed, as my colleagues noted, the application of these rules of evidence is not mandatory. Moreover, some of the rules will not apply, as they are incompatible with the type of investigation provided for in s. 83.28. This is true of the rule against hearsay evidence. Finally, although the rules relating to the relevance of questions asked and to their probative value could be useful in theory, the judge will not be in a position to apply them. The judge presiding over the examination will undoubtedly not have access to the full record of the police investigation. It would therefore be easy for a Crown prosecutor to contend that a question is relevant or that its probative value outweighs its prejudicial effects. Without knowledge of the investigation's sources, framework and objectives, it will be virtually impossible for the judge to rule on such objections. Thus, the power to limit the scope of questions put to the person being examined could prove illusory. Even based on my colleagues' interpretation, the impugned provisions do not give the judge the means to effectively protect the rights and freedoms of the person being examined.

Moreover, if it were possible to conclude that the judge could effectively rule on certain objections, the fluidity and vagueness of the investigation procedure would still give too much discretion to the judge. Without a specific rule that can be applied uniformly to all cases, judges will have to rely on their own discretion, if not their own subjective preferences, when deciding which solution to apply to a given objection. To my mind, a judge's individual perception of his or her role will necessarily affect the nature and conduct of the examination. Thus, some judges will be more inclined to protect the fundamental rights of the person being examined, while others, who are more conservative, will adopt a contrary approach.

As the judiciary is unable to defend the fundamental rights and freedoms of a person being

183
Par ailleurs, même si j'étais d'accord avec les juges Iacobucci et Arbour quant à l'application de ces règles de preuve, ces dernières ne créeraient pas un cadre permettant au juge de protéger efficacement les droits et libertés de la personne interrogée. En effet, comme l'ont précisé mes collègues, l'application de ces règles de preuve n'est pas obligatoire. De plus, certaines de ces règles ne s'appliqueront pas, car elles sont incompatibles avec le type d'enquête prévu par l'art. 83.28. Il en est ainsi de la règle interdisant le oui-dire. Enfin, bien que les règles relatives à la pertinence des questions posées et à leur valeur probante puissent être utiles en théorie, le juge ne sera pas en mesure de les appliquer. En effet, le juge présidant l'interrogatoire n'aura sans doute pas accès au dossier complet de l'enquête policière. Le procureur de la Couronne pourra alors aisément prétendre qu'une question reste pertinente ou que sa valeur probante l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans l'ignorance des sources, du cadre et des objectifs de l'enquête, il sera quasi impossible pour le juge de statuer sur ces objections. Ainsi, le pouvoir de limiter l'étendue des questions posées à la personne interrogée risque de demeurer illusoire. Même en recourant à l'interprétation proposée par mes collègues, les dispositions attaquées ne laissent pas au juge les moyens de protéger efficacement les droits et libertés de la personne interrogée.

184
De plus, même s'il était possible de conclure que le juge pourrait réussir à trancher certaines objections, la fluidité et l'imprécision de la procédure d'enquête laissent une trop grande discrétion au juge. En effet, sans règle précise applicable uniformément à tous les cas, le juge devra arrêter à sa propre discrétion, voire au gré de sa propre subjectivité, les solutions qu'il désire appliquer à une objection donnée. À mon sens, la perception individuelle que le juge se fera de son rôle affectera nécessairement la nature et le déroulement de l'interrogatoire. Certains juges seront ainsi plus enclins à protéger les droits fondamentaux de la personne interrogée, alors que d'autres, plus conservateurs, adopteront une approche contraire.

185
N'étant pas en mesure de défendre les droits et libertés fondamentaux de la personne interrogée en

examined under s. 83.28 *Cr. C.* against interference from the executive branch, the judiciary's role is then, on its face, no different from that of the executive branch. In my view, a reasonable, well-informed person could conclude that the purpose of having a judge at such an investigation is to help the executive branch compel the witness to answer questions. The judiciary's symbolic and legal weight will assist the police in their investigations. The judiciary will then no longer be playing the role of an independent arbiter.

186

This perception is also justified by the legislative objectives of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, and s. 83.28 *Cr. C.* As Iacobucci and Arbour JJ. have stated, Parliament's intent in enacting this legislation was to prevent and punish acts of terrorism. In enacting s. 83.28, Parliament gave increased powers to the executive branch to enable it to investigate such acts effectively. In light of these legislative objectives, a reasonable person might conclude that Parliament intended to use the judiciary to make the prevention and suppression of acts of terrorism more effective by sacrificing some of the judiciary's institutional independence. Professor Paciocco has given a clear description of how the judiciary's role in investigations conducted pursuant to s. 83.28 might be perceived by the public:

The government is clearly counting on the oath of the witness and the threat of contempt of court to enforce this system, and it is using the power of the judicial office, not to obtain a legal ruling or to resolve a question of fact, but as a form of coercion to compel information in the advancement of the executive, investigative function.

(D. M. Paciocco, "Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, at p. 233)

187

In light of the procedural framework established by s. 83.28 *Cr. C.*, it would be reasonable for the public to perceive the judicial and executive branches as allies. This public perception is heightened by the fact that the judge's duties under

vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* contre les ingérences du pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire ne joue alors pas un rôle différent à première vue de celui exercé par l'exécutif. À mon avis, une personne raisonnable et bien informée pourrait conclure que la présence du juge lors d'une telle investigation vise à aider le pouvoir exécutif à contraindre le témoin à répondre aux questions. Le poids symbolique et juridique du pouvoir judiciaire vient assister l'enquête policière. Ce pouvoir ne joue alors plus son rôle d'arbitre indépendant.

Cette perception se justifie aussi par les objectifs législatifs de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, et de l'art. 83.28 *C. cr.* En effet, comme l'ont précisé les juges Iacobucci et Arbour, en édictant cette loi, le législateur fédéral visait à prévenir et à punir les actes de terrorisme. Par l'adoption de l'art. 83.28, le législateur visait à donner plus de pouvoirs à l'exécutif afin qu'il puisse enquêter efficacement sur de tels actes. À la lumière de ces objectifs législatifs, la personne raisonnable pourrait alors conclure que le législateur prévoit utiliser le pouvoir judiciaire pour prévenir et réprimer plus efficacement les actes de terrorisme, en sacrifiant une part de son indépendance institutionnelle. Le professeur Paciocco a clairement décrit la manière dont le rôle du pouvoir judiciaire lors des investigations tenues en vertu de l'art. 83.28 pourrait alors être perçu par le public :

[TRADUCTION] Il est clair que le gouvernement s'attend à ce que le serment du témoin et la menace d'outrage au tribunal permettront au système de fonctionner, et il se sert du pouvoir de la charge judiciaire non pas pour trancher un point de droit ou pour résoudre une question de fait, mais pour exercer une forme de contrainte destinée à obtenir des renseignements utiles à l'exercice de la fonction exécutive d'enquête.

(D. M. Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, p. 233)

En raison du cadre procédural que met en place l'art. 83.28 *C. cr.*, le public pourra raisonnablement percevoir les pouvoirs judiciaire et exécutif comme des alliés. Cette perception du public s'accroît du fait que la fonction attribuée au juge par l'art. 83.28

s. 83.28 are unlike any of the duties traditionally discharged by the judiciary.

The judge's powers under s. 83.28 *Cr. C.* differ from those wielded by judges under other *Criminal Code* provisions, such as ss. 184.2 (authorizations to intercept private communications), 487 (search warrants) and 487.05 (warrants relating to forensic DNA analysis). Those provisions require the judge to render an *ad hoc* decision authorizing the use of specific investigative techniques. The judge is involved in the conduct of the investigations only indirectly, via the authorization that is granted. In contrast, a judge acting under s. 83.28 is not limited to making an order authorizing the executive branch to conduct an examination and may even be required to preside over the examination. As I have already mentioned, s. 83.28 does not give judges the tools they need to effectively play their role as protector of the fundamental rights of the person being examined. Instead, the judge takes part in and facilitates the police investigation without having real power to act as a neutral arbiter.

In other cases, under provisions such as s. 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and s. 11 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, a judge may have a role to play at a specific point in the investigation process, in that he or she may be asked to make an order, such as an order to attend. However, the judge does not preside over the investigation. Thus, the judge does not take part in the exercise of a power of the executive branch. A judge who presides over an examination under s. 83.28 *Cr. C.*, on the other hand, does take part in the exercise of a power of the executive branch and has no way to counterbalance the exercise thereof. In the pursuit of the undeniably important objective of suppressing and preventing terrorism, the distinction between the judicial and executive branches has been blurred.

The public's perception that the judicial and the executive branches do not act separately in an investigation under s. 83.28 *Cr. C.* will be

ne s'apparente à aucun autre rôle habituel du pouvoir judiciaire.

D'une part, les pouvoirs que détient le juge en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* diffèrent de ceux qu'il possède, par exemple, en vertu des art. 184.2 *C. cr.* (autorisation d'interception d'une communication privée), 487 *C. cr.* (mandats de perquisition) et 487.05 *C. cr.* (mandats relatifs aux analyses génétiques). En effet, en vertu de ces dispositions, le juge est appelé à rendre une décision ponctuelle pour autoriser l'utilisation de certaines techniques d'enquêtes particulières. Il ne s'associe pas à la conduite de cette enquête, sauf indirectement, par l'autorisation qu'il accorde. Au contraire, en vertu de l'art. 83.28, le juge ne se limite pas à rendre une ordonnance permettant à l'exécutif de procéder à un interrogatoire et peut même être amené à diriger l'interrogatoire. Or, comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 83.28 ne donne pas au juge les outils dont il a besoin pour exercer efficacement son rôle de protecteur des droits fondamentaux de la personne interrogée. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre.

Dans d'autres cas, en vertu, par exemple, de l'art. 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), et de l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, le juge peut avoir un rôle ponctuel à jouer dans le processus d'enquête, en ce sens qu'il peut être appelé à rendre certaines ordonnances, telles que des ordonnances de comparution. Il ne préside toutefois pas ces enquêtes. Le juge ne participe donc pas à l'exercice du pouvoir exécutif. À l'inverse, en présidant l'interrogatoire tenu en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.*, le juge assiste à l'exercice du pouvoir exécutif sans détenir les moyens nécessaires afin de lui faire contrepoids. Les pouvoirs judiciaire et exécutif tendent à la confusion dans la réalisation d'un objectif, certes important, de répression ou de prévention du terrorisme.

La perception du public selon laquelle les pouvoirs judiciaire et exécutif n'agissent pas de manière séparée lors d'une investigation tenue

188

189

190

heightened when the investigation is held *in camera*. In such a case, a reasonable, well-informed person would be justified in questioning the role the judge is really playing in the investigation. The judge is therefore at risk of being perceived as a true ally of the executive branch in a secret investigation that is not subject to scrutiny.

191

In short, I do not believe it is possible to uphold the constitutional validity of the legislation in question by isolating individual cases in which judges will act unconstitutionally. When faced with the problems raised by s. 83.28 *Cr. C.*, it will not suffice to state that judicial independence will be compromised only in those specific cases, as such a conclusion would be based on an analysis restricted to the individual dimension of judicial independence. For the reasons I have stated above, I believe that s. 83.28 compromises the institutional dimension of judicial independence. In my view, the public will perceive the judicial and executive branches as allies rather than as separate branches of government. The implementation of s. 83.28, which is the source of this perception that there is no separation of powers, could therefore lead to a loss of public confidence in Canada's justice system. The tension and fears resulting from the rise in terrorist activity do not justify such an alliance. It is important that the criminal law be enforced firmly and that the necessary investigative and punitive measures be taken, but this must be done in accordance with the fundamental values of our political system. The preservation of our courts' institutional independence belongs to those fundamental values.

192

Therefore, it is my view that s. 83.28 *Cr. C.* compromises the judicial independence guaranteed by the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and must be declared unconstitutional. For this reason, I would have allowed the appeal and found, as did Binnie J., that there was an abuse of process.

en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* s'accentuera encore lorsque les investigations seront tenues à huis clos. Dans ces cas, une personne raisonnable et bien informée sera justifiée de s'interroger sur le rôle que le juge joue réellement lors de l'interrogatoire. Le juge risque alors d'être perçu comme un véritable allié du pouvoir exécutif, dans une enquête secrète, dont le déroulement demeure incontrôlable.

En somme, je ne crois pas qu'il soit possible d'isoler des cas d'espèce où certains juges agiront de manière inconstitutionnelle tout en préservant la validité constitutionnelle de l'ensemble de la législation. Devant les problèmes que pose l'art. 83.28 *C. cr.*, il ne suffit pas d'affirmer qu'il ne sera porté atteinte à l'indépendance judiciaire que dans ces cas, puisque cette conclusion dépend d'une analyse restreinte à l'examen de la dimension individuelle de l'indépendance judiciaire. Pour les motifs que je viens d'exposer, j'estime que l'art. 83.28 porte atteinte à la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire. À mon avis, le public percevra les pouvoirs judiciaire et exécutif comme des alliés et non des pouvoirs séparés. La mise en œuvre de l'art. 83.28, qui entraîne cette perception de non-séparation des pouvoirs, risque dès lors d'entraîner la perte de la confiance du public dans le système de justice canadien. Les tensions et les craintes que suscite la montée du terrorisme ne justifient pas cette association. Il importe que le droit criminel soit appliqué fermement et que les mesures d'enquête et de répression nécessaires soient mises en œuvre, mais dans le respect des valeurs essentielles de notre régime politique. La préservation de l'indépendance institutionnelle des tribunaux demeure l'une de celles-ci.

Je suis par conséquent d'avis que l'art. 83.28 *C. cr.* porte atteinte à l'indépendance judiciaire protégée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et devrait être déclaré inconstitutionnel. J'aurais donc aussi accueilli le pourvoi pour ce motif, en plus de reconnaître qu'un abus de procédure a été commis, comme le conclut le juge Binnie.

APPENDIXRelevant Constitutional and Legislative Provisions**A. Constitutional Provisions***Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

B. Legislative Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, as amended by S.C. 2001, c. 41

INTERPRETATION

2. In this Act

. . .

“terrorism offence” means

(a) an offence under any of sections 83.02 to 83.04 or 83.18 to 83.23,

(b) an indictable offence under this or any other Act of Parliament committed for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group,

(c) an indictable offence under this or any other Act of Parliament where the act or omission constituting the offence also constitutes a terrorist activity, or

ANNEXEDispositions constitutionnelles et législatives pertinentes**A. Dispositions constitutionnelles***Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculqué a le droit :

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

B. Dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié par L.C. 2001, ch. 41

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« activité terroriste » S'entend au sens du paragraphe 83.01(1).

« groupe terroriste » S'entend au sens du paragraphe 83.01(1).

« infraction de terrorisme »

a) infraction visée à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23;

b) acte criminel — visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale — commis au profit ou sous

(d) a conspiracy or an attempt to commit, or being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence referred to in paragraph (a), (b) or (c);

“terrorist activity” has the same meaning as in subsection 83.01(1);

“terrorist group” has the same meaning as in subsection 83.01(1);

INVESTIGATIVE HEARING

83.28 (1) In this section and section 83.29, “judge” means a provincial court judge or a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

(2) Subject to subsection (3), a peace officer may, for the purposes of an investigation of a terrorism offence, apply *ex parte* to a judge for an order for the gathering of information.

(3) A peace officer may make an application under subsection (2) only if the prior consent of the Attorney General was obtained.

(4) A judge to whom an application is made under subsection (2) may make an order for the gathering of information if the judge is satisfied that the consent of the Attorney General was obtained as required by subsection (3) and

(a) that there are reasonable grounds to believe that

(i) a terrorism offence has been committed, and

(ii) information concerning the offence, or information that may reveal the whereabouts of a person suspected by the peace officer of having committed the offence, is likely to be obtained as a result of the order; or

(b) that

(i) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed,

(ii) there are reasonable grounds to believe that a person has direct and material information that relates to a terrorism offence referred to in subparagraph (i), or that may reveal the whereabouts of an individual who the peace officer suspects

la direction d’un groupe terroriste, ou en association avec lui;

c) acte criminel visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale et dont l’élément matériel — acte ou omission — constitue également une activité terroriste;

d) complot ou tentative en vue de commettre l’infraction visée à l’un des alinéas a) à c) ou, relativement à une telle infraction, complicité après le fait ou encouragement à la perpétration.

INVESTIGATION

83.28 (1) Au présent article et à l’article 83.29, « juge » s’entend d’un juge de la cour provinciale ou d’un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l’agent de la paix peut, pour la conduite d’une enquête relative à une infraction de terrorisme, demander à un juge, en l’absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements.

(3) L’agent de la paix ne peut présenter la demande que s’il a obtenu le consentement préalable du procureur général.

(4) Saisi de la demande, le juge peut rendre l’ordonnance s’il est convaincu que le consentement du procureur général a été obtenu en conformité avec le paragraphe (3) et :

a) ou bien il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :

(i) qu’une infraction de terrorisme a été commise,

(ii) que des renseignements relatifs à l’infraction ou susceptibles de révéler le lieu où se trouve un individu que l’agent de la paix soupçonne de l’avoir commise sont susceptibles d’être obtenus en vertu de l’ordonnance;

b) ou bien sont réunis les éléments suivants :

(i) il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction de terrorisme sera commise,

(ii) il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme visée au sous-alinéa (i) ou de nature à révéler le lieu où se trouve l’individu que l’agent de la paix

may commit a terrorism offence referred to in that subparagraph, and

(iii) reasonable attempts have been made to obtain the information referred to in subparagraph (ii) from the person referred to in that subparagraph.

(5) An order made under subsection (4) may

(a) order the examination, on oath or not, of a person named in the order;

(b) order the person to attend at the place fixed by the judge, or by the judge designated under paragraph (d), as the case may be, for the examination and to remain in attendance until excused by the presiding judge;

(c) order the person to bring to the examination any thing in their possession or control, and produce it to the presiding judge;

(d) designate another judge as the judge before whom the examination is to take place; and

(e) include any other terms or conditions that the judge considers desirable, including terms or conditions for the protection of the interests of the person named in the order and of third parties or for the protection of any ongoing investigation.

(6) An order made under subsection (4) may be executed anywhere in Canada.

(7) The judge who made the order under subsection (4), or another judge of the same court, may vary its terms and conditions.

(8) A person named in an order made under subsection (4) shall answer questions put to the person by the Attorney General or the Attorney General's agent, and shall produce to the presiding judge things that the person was ordered to bring, but may refuse if answering a question or producing a thing would disclose information that is protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege.

(9) The presiding judge shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing.

(10) No person shall be excused from answering a question or producing a thing under subsection (8) on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to any proceeding or penalty, but

(a) no answer given or thing produced under subsection (8) shall be used or received against the person

souçonne d'être susceptible de commettre une telle infraction de terrorisme,

(iii) des efforts raisonnables ont été déployés pour obtenir les renseignements visés au sous-alinéa (ii) de la personne qui y est visée.

(5) L'ordonnance peut contenir les dispositions suivantes :

a) l'ordre de procéder à l'interrogatoire, sous serment ou non, d'une personne désignée;

b) l'ordre à cette personne de se présenter au lieu que le juge ou le juge désigné au titre de l'alinéa d) fixe pour l'interrogatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge qui préside;

c) l'ordre à cette personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside;

d) la désignation d'un autre juge pour présider l'interrogatoire;

e) les modalités que le juge estime indiquées, notamment quant à la protection des droits de la personne que l'ordonnance vise ou de ceux des tiers, ou quant à la protection de toute investigation en cours.

(6) L'ordonnance peut être exécutée en tout lieu au Canada.

(7) Le juge qui a rendu l'ordonnance ou un autre juge du même tribunal peut modifier les conditions de celle-ci.

(8) La personne visée par l'ordonnance répond aux questions qui lui sont posées par le procureur général ou son représentant, et remet au juge qui préside les choses exigées par l'ordonnance, mais peut refuser de le faire dans la mesure où la réponse aux questions ou la remise de choses révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges.

(9) Le juge qui préside statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose.

(10) Nul n'est dispensé de répondre aux questions ou de produire une chose aux termes du paragraphe (8) pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais :

a) la réponse donnée ou la chose remise aux termes du paragraphe (8) ne peut être utilisée ou admise

in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136; and

(b) no evidence derived from the evidence obtained from the person shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136.

(11) A person has the right to retain and instruct counsel at any stage of the proceedings.

(12) The presiding judge, if satisfied that any thing produced during the course of the examination will likely be relevant to the investigation of any terrorism offence, shall order that the thing be given into the custody of the peace officer or someone acting on the peace officer's behalf.

Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant the "Named Person": Howard Rubin, North Vancouver.

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

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ripudaman Singh Malik: Smart & Williams, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ajaib Singh Bagri: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Henein & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: Gregory P. Delbigio, Vancouver.

contre lui dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136;

b) aucune preuve provenant de la preuve obtenue de la personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136.

(11) Toute personne a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions en tout état de cause.

(12) Si le juge qui préside est convaincu qu'une chose remise pendant l'interrogatoire est susceptible d'être utile à l'enquête relative à une infraction de terrorisme, il peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de l'agent de la paix ou à une personne qui agit pour son compte.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante la « personne désignée » : Howard Rubin, North Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ripudaman Singh Malik : Smart & Williams, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ajaib Singh Bagri : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Henein & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Gregory P. Delbigio, Vancouver.

*Solicitors for the interveners The Vancouver Sun,
The National Post and Global Television Network
Inc.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants The Vancouver Sun,
The National Post et Global Television Network
Inc. : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

The Vancouver Sun *Appellant*

v.

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, “The Named Person”, Ajaib Singh Bagri and Ripudaman Singh Malik *Respondents*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: VANCOUVER SUN (RE)

Neutral citation: 2004 SCC 43.

File No.: 29878.

2003: December 10; 2004: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Open court principle — Level of secrecy applicable to judicial investigative hearing proceedings — Whether Crown’s application for order for investigative hearing properly heard in camera — Whether existence of order for investigative hearing ought to have been secret — Whether hearing for determining constitutional validity of investigative hearing provision and validity of order for investigative hearing should have been conducted in camera — Whether investigative hearing must be held in camera — Applicability of Dagenais/Mentuck test — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

B and M were jointly charged with several offences in relation to the explosion of Air India Flight 182 and the intended explosion of Air India Flight 301. Shortly after the beginning of their trial, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that a Named Person, a potential Crown witness at the Air India trial, attend a judicial investigative hearing for examination pursuant to s. 83.28 of the *Criminal Code*. The application judge granted the order and set a number of terms and

The Vancouver Sun *Appellant*

c.

Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, « personne désignée », Ajaib Singh Bagri et Ripudaman Singh Malik *Intimés*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : VANCOUVER SUN (RE)

Référence neutre : 2004 CSC 43.

N° du greffe : 29878.

2003 : 10 décembre; 2004 : 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Principe de la publicité des procédures judiciaires — Le niveau de secret applicable aux procédures d’investigation judiciaire — L’audition de la demande du ministère public visant la tenue de l’investigation judiciaire aurait-elle dû se faire à huis clos? — Aurait-il fallu garder secrète l’existence de l’ordonnance d’investigation judiciaire? — L’examen de la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant la tenue d’une investigation judiciaire et de la validité de l’ordonnance d’investigation aurait-il dû se faire à huis clos? — L’investigation judiciaire doit-elle se dérouler à huis clos? — Applicabilité du critère de Dagenais/Mentuck — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

B et M ont été accusés conjointement de plusieurs infractions relativement à l’explosion produite à bord du vol 182 d’Air India et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d’Air India. Au début du procès des accusés, le ministère public a demandé, en l’absence de toute autre partie, que soit rendue une ordonnance enjoignant à la personne désignée, éventuel témoin à charge dans le procès Air India, de se présenter à une investigation judiciaire pour interrogatoire en application de l’art.

conditions to govern the conduct of the investigative hearing, among others, the hearing was to be conducted *in camera* and notice of the hearing was not to be given to the accused in the Air India trial, to the press or to the public. Counsel for the accused became aware of the proceedings and the application judge held that they could make submissions on the validity of the initial order to the judge presiding over the s. 83.28 hearing. The presiding judge began to hear the accused's submissions and a challenge to the constitutional validity of s. 83.28 by the Named Person *in camera*. A reporter of the Vancouver Sun, who had recognized lawyers from the Air India trial entering a closed courtroom, was denied access to the proceedings. The Vancouver Sun filed a notice of motion before the hearing judge seeking an order that the court proceedings be open to the public and that its counsel and a member of its editorial board, upon filing an undertaking of confidentiality, be provided with access to the pleadings and all materials from the proceedings to date. Prior to hearing the motion, the hearing judge concluded, *in camera*, that the initial s. 83.28 order had been validly issued and that s. 83.28 was constitutionally sound. She varied the initial order to permit counsel for the accused to attend the investigative hearing and examine the Named Person under certain conditions. She ordered that her judgment was to be sealed until the conclusion of the hearing or the making of any contrary order of the court. When the courtroom was finally opened to the public, the hearing judge delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment. The Vancouver Sun then made its motion, which was dismissed. The Vancouver Sun was granted leave to appeal to this Court from the order dismissing its motion.

Held (Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part and the order made by the hearing judge varied.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Fish JJ.: Section 83.28 of the *Criminal Code* must be interpreted consistently with the Preamble to the *Anti-terrorism Act* and the fundamental characteristics of a judicial process, including the open court principle. This principle, a hallmark of democracy and a cornerstone of the common law, guarantees the integrity of the judiciary and is inextricably linked to the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The open court principle, which should not be presumptively displaced in favour of an *in camera* process, extends to all judicial proceedings, and the *Dagenais/Mentuck* test should be applied to all

83.28 du *Code criminel*. Le juge saisi de la demande a accordé l'ordonnance et a imposé des modalités quant à la tenue de l'investigation judiciaire, notamment le huis clos et l'interdiction d'aviser les accusés dans le procès Air India, la presse ou le public de l'audience. Les avocats des accusés ont eu connaissance des procédures. Le juge saisi de la demande a conclu qu'ils pouvaient présenter leurs observations sur la validité de l'ordonnance initiale à la juge qui présidait l'investigation prévue à l'art. 83.28. La juge a commencé l'audition à huis clos des prétentions des accusés et de la contestation par la personne désignée de la constitutionnalité de l'art. 83.28. Une journaliste du Vancouver Sun, qui avait reconnu les avocats du procès Air India entrant dans une salle d'audience fermée au public, s'est vu refuser l'accès aux procédures. Le Vancouver Sun a déposé auprès de la juge de l'audience un avis de requête visant à obtenir une ordonnance déclarant que les procédures judiciaires doivent être ouvertes au public et que son avocat et un membre de son comité de rédaction, dès le dépôt de leur engagement de confidentialité, ont accès aux actes de procédure et à tout autre document relatif aux procédures qui étaient déjà au dossier. Avant l'audition de la requête, la juge de l'audience a conclu, à huis clos, à la validité de l'ordonnance initiale fondée sur l'art. 83.28 et à la constitutionnalité de cette disposition. Elle a modifié l'ordonnance initiale pour permettre aux avocats des accusés d'assister à l'investigation et d'interroger à certaines conditions la personne désignée. Elle a ordonné la mise sous scellés de son jugement jusqu'à la fin de l'enquête ou jusqu'à ce que le tribunal rende une ordonnance contraire. Lorsque le public fut enfin admis dans la salle d'audience, la juge a prononcé, en audience publique, le résumé de ses motifs. Le Vancouver Sun a alors présenté sa requête, qui fut rejetée. Il a ensuite obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour contre l'ordonnance rejetant sa requête.

Arrêt (les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie et l'ordonnance de la juge de l'audience est modifiée.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Fish : L'article 83.28 du *Code criminel* doit être interprété d'une façon compatible avec le préambule de la *Loi antiterroriste* et les caractéristiques fondamentales du processus judiciaire, notamment le principe de la publicité des procédures judiciaires. Sceau d'une société démocratique et pierre angulaire de la common law, le principe de la publicité des débats en justice assure l'intégrité des procédures judiciaires et est inextricablement lié à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce principe, qu'il ne faudrait pas, par présomption, écarter en faveur d'une procédure à huis clos, vise toutes les

discretionary judicial decisions that limit freedom of expression by the press.

In the context of s. 83.28, one must distinguish between an application for an investigative hearing and the holding of that hearing. The application for an order that such a hearing be held to gather information is procedurally similar to the application for a search warrant or for a wiretap authorization. Section 83.28(2) provides that applications are *ex parte*, and by their nature, they must be *in camera*. There is no express provision, however, for any part of the investigative hearing to be *in camera*. This hearing requires full judicial participation in the conduct of the hearing itself, and the proper balance between investigative imperatives and openness will best be achieved through the discretion granted to judges to impose terms and conditions on the conduct of a hearing under s. 83.28(5)(e). In exercising that discretion, judges should reject the presumption of secret hearings. Parliament chose hearings of a judicial nature and they must contain as many of the guarantees and indicia that come from judicial involvement as is compatible with the task at hand. The presumption of openness should thus be displaced only upon proper consideration of the competing interests at every stage of the process. The existence of an order, and as much of its subject-matter as possible, should be made public unless, under the balancing exercise of the *Dagenais/Mentuck* test, secrecy becomes necessary.

In this case, the level of secrecy was unnecessary. While the s. 83.28(2) application was properly heard *ex parte* and *in camera*, there was no reason to keep secret the existence of the order or its subject-matter. The identity of the Named Person was properly kept confidential in light of the position taken by the Named Person at that stage, but that should have been subject to revision by the hearing judge. Since a potential Crown witness in the Air India trial was the subject of the investigative order, third party interests ought to have been considered and notice should have been given promptly to counsel for the accused in the Air India trial. As much information about the Named Person's constitutional challenge as could be revealed without jeopardizing the investigation should have been made public, subject, if need be, to a total or partial publication ban. The constitutional challenge should not have been conducted *in camera* since much of it could have been properly argued without the details of

procédures judiciaires. Le critère de *Dagenais/Mentuck* doit s'appliquer à tout exercice judiciaire de pouvoir discrétionnaire tendant à restreindre la liberté de la presse.

Dans le contexte de l'art. 83.28, il faut distinguer entre une demande d'investigation judiciaire et la tenue de l'investigation. La demande visant à obtenir une ordonnance d'investigation judiciaire autorisant la recherche de renseignements est similaire, sur le plan de la procédure, à la demande de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique. Selon le par. 83.28(2), la demande est présentée en l'absence de toute autre partie et sa nature même commande le huis clos. Toutefois, aucune disposition ne prévoit expressément le huis clos pour quelque partie que ce soit de l'investigation. En revanche, l'investigation exige que le tribunal participe pleinement à son déroulement. L'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à l'al. 83.28(5)e) constitue le meilleur moyen d'établir un juste équilibre entre les impératifs de l'enquête et le principe de la publicité des procédures judiciaires. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les juges devraient rejeter la présomption que les investigations doivent se tenir dans le secret. Le Parlement a choisi de donner aux investigations une nature judiciaire; celles-ci doivent donc comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet le dossier. La présomption de publicité des procédures ne devrait donc être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. L'existence d'une ordonnance et, autant que possible, l'objet du dossier devraient être rendus publics, à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret.

Le niveau de secret était trop élevé en l'espèce. Même si la demande fondée sur le par. 83.28(2) a été, à juste titre, entendue en l'absence de toute autre partie et à huis clos, il n'y avait aucune raison de garder secrets l'existence de l'ordonnance ou son objet. Étant donné la position adoptée à ce stade par la personne désignée, c'est à juste titre qu'on avait préservé la confidentialité de son identité, mais cette décision aurait dû faire l'objet d'une révision par la juge de l'audience. Comme un éventuel témoin à charge dans le procès Air India faisait l'objet d'une ordonnance d'investigation, il aurait fallu prendre en considération les droits des tiers et aviser sans délai les avocats des accusés. Autant que possible, les renseignements concernant la contestation constitutionnelle par la personne désignée qui pouvaient être divulgués sans compromettre l'investigation auraient dû l'être, sous réserve, au besoin, d'une ordonnance de non-publication totale ou partielle. L'audition de la contestation

the information submitted to the application judge being revealed.

The Named Person now takes the position that the investigative hearing should be public, and the only factors now favouring secrecy relate to the protection of an ongoing investigation or other vital but unstated reasons. In a case in which so much of the information relating to the offence is already in the public domain, and in which recourse to an investigative hearing is sought in the midst of an ongoing non-jury trial, the case for extensive secrecy is a difficult one to make and was not made out here. Accordingly, the name of the Named Person should be made public and the order made by the hearing judge should be varied so that the investigative hearing is held in public, subject to any order of the hearing judge that the public be excluded and/or that a publication ban be put in place regarding aspects of the anticipated evidence to be given by the Named Person. At the end of the investigative hearing, the hearing judge should review the need for any secrecy and release publicly any gathered information that can be made public without unduly jeopardizing the interests of the Named Person, third parties or the investigation.

Per LeBel J.: Subject to the comments in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, there is agreement with the reasons of the majority and with their proposed disposition.

Per Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting in part): Although openness of judicial proceedings is the rule and covertness the exception, where the rights of third parties would be unduly harmed and the administration of justice rendered unworkable by the presence of the public, a court may sit *in camera*. Such is normally the case for investigative proceedings under s. 83.28 of the *Criminal Code*. There is a legitimate law enforcement interest in maintaining the confidentiality of a witness's identity and testimony, since the premature disclosure of information about a terrorism offence would compromise and impede the very investigation of the information gathered at the hearing and would normally render the s. 83.28 proceedings ineffective as an investigative tool. The police cannot gather information and act upon it at the same time it is disseminated to the public and the media. With respect to third parties, the confidentiality of the investigative hearing will protect the innocent from unreliable and untruthful testimony, and confidentiality will encourage witnesses to come forward and be honest. Furthermore, the disclosure of a witness's identity may place that person at serious risk of harm from suspects or

constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos, car il était possible de présenter convenablement une grande partie des arguments sans révéler les détails des renseignements présentés au juge saisi de la demande.

La personne désignée estime maintenant que l'investigation doit se dérouler en public. Les seuls facteurs qui militent maintenant en faveur du secret sont ceux qui se rattachent à la protection d'une enquête en cours ou qui sont attribuables à d'autres raisons d'importance capitale mais inexprimées. Dans une affaire où une grande partie des renseignements relatifs à l'infraction sont déjà du domaine public et où l'on cherche à avoir recours à une investigation pendant qu'un procès se déroule sans jury, il est difficile de démontrer la nécessité d'un degré élevé de secret et cela n'a pas été établi en l'espèce. Par conséquent, le nom de la personne désignée doit être divulgué et l'ordonnance de la juge de l'audience doit être modifiée pour que l'investigation puisse se dérouler en public, sauf si la juge de l'audience ordonne, en ce qui a trait à certains aspects de la déposition éventuelle de la personne désignée, l'exclusion du public ou l'interdiction de publication. À la fin de l'investigation, le juge devra évaluer la nécessité de maintenir le secret et communiquer au public tout renseignement recueilli dont la publication ne compromet pas indûment les droits de la personne désignée, ceux des tiers ou l'investigation.

Le juge LeBel : Il y a accord avec les motifs des juges majoritaires et le dispositif qu'ils proposent, sous réserve des commentaires formulés dans l'affaire *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*.

Les juges Bastarache et Deschamps (dissidents en partie) : Même si la publicité des procédures judiciaires est la règle et le secret l'exception, le tribunal peut siéger à huis clos lorsqu'il y a possibilité d'atteinte indue aux droits des tiers et que la présence du public rendrait impossible la bonne administration de la justice. C'est normalement ce qui se produit dans le cas des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 du *Code criminel*. Les autorités chargées de l'application de la loi ont un intérêt légitime à maintenir la confidentialité de l'identité du témoin et de son témoignage, parce que la communication prématurée de renseignements portant sur une infraction de terrorisme compromettrait et entraverait l'enquête sur les renseignements obtenus à l'audience et priverait en règle générale de toute efficacité les outils d'enquête que sont les procédures prévues à l'art. 83.28. La police ne peut pas rechercher des renseignements et prendre les mesures qui s'imposent si les renseignements sont en même temps transmis au public et aux médias. Pour ce qui est des tiers, la confidentialité de l'investigation protégera l'innocent de témoignages douteux ou faux et encouragera les témoins à se manifester et à

their allies. The same can be said for third parties identified by the witness as having information to provide. Without knowing what information will be revealed at the investigative hearing, it is not possible to evaluate the risk to third parties' rights and to the proper administration of justice. Consequently, the *Dagenais/Mentuck* test cannot guide a judge's discretion under s. 83.28 to order an *in camera* investigative hearing. Under that test, a convincing evidentiary basis for denial of access is generally necessary to rebut the presumption of open courts. This framework is not appropriate because it is only after the information and evidence has been gathered by the Crown at the investigative hearing that the presiding judge will be able to balance the competing interests at stake and release non-prejudicial information. Since openness is the presumption, the person who wishes to deny the right of public access after the investigative hearing has the burden of proof and must satisfy the *Dagenais/Mentuck* test.

The fact that the investigative hearing was about the constitutional validity of s. 83.28 did not make the open court principle more compelling, because the constitutional challenge could not realistically be separated from the actual investigative hearing. Nor would advance notice to the media have served any useful purpose.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, aff'g [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambar v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75.

déposer honnêtement. Par ailleurs, dévoiler l'identité d'un témoin risque fort de l'exposer à des représailles de la part des suspects ou de leurs alliés. La même observation vaut pour les tiers que le témoin désigne comme ayant des renseignements à fournir. Il est impossible, sans connaître les renseignements qui seront dévoilés lors de l'investigation, d'évaluer le risque auquel les droits des tiers et la bonne administration de la justice sont exposés. Le critère de *Dagenais/Mentuck* ne peut donc servir de guide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner que les procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se déroulent à huis clos. Selon ce critère, il est généralement nécessaire de présenter une preuve convaincante étayant l'interdiction d'accès pour pouvoir réfuter la présomption de publicité des procédures judiciaires. Ce cadre d'analyse n'est pas indiqué : c'est seulement après que le ministère public a recueilli les renseignements et les éléments de preuve lors de l'investigation que le juge qui préside sera en mesure de pondérer les intérêts opposés qui sont en jeu et de révéler les renseignements non préjudiciables. Vu la présomption de publicité des procédures, c'est à la partie qui demande au tribunal de refuser au public l'accès aux renseignements recueillis lors de l'investigation judiciaire qu'incombe la charge de la preuve et l'obligation de satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*.

Le fait que l'investigation porte sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 ne rend pas le principe de la publicité des débats en justice plus contraignant, parce qu'on ne pouvait, de façon réaliste, dissocier la contestation constitutionnelle de l'investigation judiciaire même. Aviser à l'avance les médias n'aurait présenté aucune utilité.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, conf. [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambar c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75.

By LeBel J.

Referred to: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42.

By Bastarache J. (dissenting in part)

Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre, [1982] 1 S.C.R. 175; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Southam Inc. v. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267; *R. v. A*, [1990] 1 S.C.R. 992; *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, Preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 83.28 [ad. 2001, c. 41, s. 4], 83.31, 83.32(1), 486(1).

Authors Cited

Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works*. Edinburgh: William Tait, 1843.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Supreme Court, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330, dismissing an application for access to the proceedings and for a declaration that proceedings should not be *in camera*. Appeal allowed in part, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part.

Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst, for the appellant.

George Dolhai and Bernard Laprade, for the respondent the Attorney General of Canada.

Dianne Wiedemann and Mary T. Ainslie, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Kenneth Westlake, Howard Rubin and Brian A. Crane, Q.C., for the respondent the "Named Person".

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42.

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Southam Inc. c. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267; *R. c. A*, [1990] 1 R.C.S. 992; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 83.28 [aj. 2001, ch. 41, art. 4], 83.31, 83.32(1), 486(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, préambule.

Doctrine citée

Burton, John Hill, ed. *Benthamiana : Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works*. Edinburgh : William Tait, 1843.

POURVOI contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330, qui a rejeté une demande visant à obtenir l'accès aux procédures et une déclaration que les procédures ne doivent pas se dérouler à huis clos. Pourvoi accueilli en partie, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie.

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour l'appellant.

George Dolhai et Bernard Laprade, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Dianne Wiedemann et Mary T. Ainslie, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kenneth Westlake, Howard Rubin et Brian A. Crane, c.r., pour l'intimée la « personne désignée ».

William B. Smart, Q.C., and Brock Martland, for the respondent Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code and Jonathan Dawe, for the respondent Ajaib Singh Bagri.

Michael Bernstein and Sandy Tse, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

1 This appeal is a companion to *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 (the “constitutional appeal”), released concurrently. For a comprehensive review of all of the issues on the constitutionality and application of s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (as amended by the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41), the constitutional appeal should be read first.

2 The judicial investigative hearing provided for in s. 83.28 of the *Code* is a procedure with no comparable history in Canadian law. It provides essentially that a peace officer, with the prior approval of the Attorney General, may apply *ex parte* to a judge for an order for “the gathering of information”. The gathering of information is in relation to a terrorism offence, which is described in s. 2 of the *Code*. The information to be gathered relates both to the circumstances of the offence and the whereabouts of possible suspects. If satisfied that proper grounds have been established, the court may order the attendance of a person for examination under oath before a judge, and the person must remain in attendance and answer questions put to him or her by the Attorney General or his agent. Although the person who is the subject of the order cannot refuse to answer a question on the ground that it may incriminate him or her or subject him or her to any proceeding or penalty, his or her answers receive full direct and derivative use immunity. The person has the right to retain and instruct counsel, and the judge has a wide discretion

William B. Smart, c.r., et Brock Martland, pour l’intimé Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code et Jonathan Dawe, pour l’intimé Ajaib Singh Bagri.

Michael Bernstein et Sandy Tse, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Fish rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (le « pourvoi constitutionnel »), sont connexes et leurs motifs sont déposés simultanément. Pour un examen approfondi des questions sur la constitutionnalité et l’application de l’art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (modifié par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41), il faut lire en premier le pourvoi constitutionnel.

L’investigation judiciaire prévue à l’art. 83.28 du *Code* est une procédure sans précédent dans l’histoire du droit canadien. Elle prévoit essentiellement qu’un agent de la paix, avec le consentement préalable du procureur général, peut demander à un juge, en l’absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant « la recherche de renseignements ». La recherche de renseignements se rapporte à une infraction de terrorisme, définie à l’art. 2 du *Code*. Les renseignements recherchés se rapportent tant aux circonstances de l’infraction qu’au lieu où se trouvent les suspects. Si le tribunal est convaincu que des motifs légitimes sont établis, il peut ordonner à une personne de se présenter devant un juge pour l’interrogatoire sous serment, et cette personne doit demeurer présente pour répondre aux questions du procureur général ou de son représentant. La personne visée par l’ordonnance ne peut refuser de répondre aux questions pour la raison que la réponse peut l’incriminer ou l’exposer à quelque procédure ou pénalité, mais ses réponses bénéficient d’une immunité totale contre l’utilisation de la

to impose terms and conditions to protect the person named in the order, third parties, as well as the integrity of ongoing investigations.

In our view, this unique judicial procedure must be interpreted and applied in light of the two following principles:

1. The interpretation of s. 83.28 must be guided by the Preamble to the *Anti-terrorism Act*, which amended the *Criminal Code* to include s. 83.28. The Preamble stresses the imperatives of an effective response to terrorism as well as a continued commitment to the values and constraints of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
2. Section 83.28 should be interpreted in a manner consistent with the fundamental characteristics of a judicial process insofar as the section contemplates a judicial proceeding.

The issue in this appeal deals with the level of secrecy with which the judicial investigative hearing was conducted. We have concluded that the open court principle is a fundamental characteristic of judicial proceedings, and that it should not be presumptively displaced in favour of an *in camera* process. The need to close the courtroom doors for the whole or parts of the judicial investigative hearing is governed by the principles expressed in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

II. The Facts

The judicial investigative hearing relates to two alleged acts of terrorism that occurred on June 23, 1985. An explosion caused the deaths of two baggage handlers and injured four others at the Narita Airport in Japan. A second explosion caused Air India Flight 182 to crash off the west coast of Ireland, causing the death of all 329 passengers and crew.

preuve et de la preuve dérivée. Elle a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions, et le juge jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer des modalités quant à la protection de la personne visée ou des tiers et quant à l'intégrité des enquêtes en cours.

À notre avis, cette procédure judiciaire unique doit être interprétée et appliquée selon les deux principes suivants :

1. Le préambule de la *Loi antiterroriste*, qui modifie le *Code criminel* de manière à y inclure l'art. 83.28, doit guider l'interprétation de cette disposition. Il souligne les impératifs d'une réaction efficace au terrorisme et l'engagement soutenu aux valeurs et contraintes contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.
2. L'article 83.28 doit être interprété d'une façon compatible avec les caractéristiques fondamentales du processus judiciaire, dans la mesure où il vise une procédure judiciaire.

La question en litige dans le présent pourvoi porte sur le niveau de secret entourant le déroulement de l'investigation judiciaire. Nous avons conclu que le principe de la publicité des débats en justice constitue une caractéristique fondamentale des procédures judiciaires et qu'il ne faut pas, par présomption, l'écarter en faveur du huis clos. La nécessité du huis clos, que ce soit pour l'intégralité ou des parties de l'investigation judiciaire, est régie par les principes énoncés dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

II. Les faits

L'investigation judiciaire porte sur deux actes de terrorisme qui auraient été commis le 23 juin 1985. Une explosion a causé la mort de deux bagagistes et blessé quatre autres personnes à l'aéroport de Narita au Japon. Une seconde explosion a provoqué l'écrasement du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande, causant la mort des 329 passagers et membres d'équipage qui se trouvaient à bord.

6

On February 4, 1988, the first accused, Inderjit Singh Reyat, was arrested in England where he was living with his family. Mr. Reyat was extradited to Canada on December 13, 1989, to face a number of charges relating to the explosion at Narita Airport. On May 10, 1991, he was convicted on seven counts: *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (S.C.).

Le 4 février 1988, le premier accusé, Inderjit Singh Reyat, a été arrêté en Angleterre, où il vivait avec sa famille. M. Reyat a été extradé au Canada le 13 décembre 1989 afin de répondre à de nombreuses accusations se rapportant à l'explosion survenue à l'aéroport de Narita. Le 10 mai 1991, il a été déclaré coupable relativement à sept chefs d'accusation : *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (C.S.).

7

On October 27, 2000, Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri were jointly charged with respect to both explosions and the intended explosion of Air India Flight 301. A few months later, on March 8, 2001, a direct indictment was filed against the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri, and on June 5, 2001, a new indictment was filed, adding a third accused, Mr. Reyat. Mr. Reyat plead guilty on February 10, 2003, to a new indictment that charged him with aiding or abetting the construction of the explosive device that was placed on Air India Flight 182. He was sentenced to five years imprisonment in addition to the time already spent in custody.

Le 27 octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri ont été inculpés conjointement relativement aux deux explosions et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Quelques mois plus tard, le 8 mars 2001, une mise en accusation directe a été portée contre les accusés, MM. Malik et Bagri, et le 5 juin 2001, un nouvel acte d'accusation a été déposé, ajoutant un troisième accusé, M. Reyat. Ce dernier a plaidé coupable le 10 février 2003 à la suite du dépôt d'un nouvel acte d'accusation l'inculpant d'avoir aidé ou encouragé à fabriquer la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en plus du temps de détention avant condamnation.

8

Following Mr. Reyat's guilty plea to a charge of manslaughter in February 2003, Mr. Malik and Mr. Bagri re-elected, before Josephson J. of the Supreme Court of British Columbia, to be tried by a judge alone. The trial of Mr. Malik and Mr. Bagri (the "Air India Trial") commenced on April 28, 2003 and continues to this date.

À la suite du plaidoyer de culpabilité de M. Reyat à l'accusation d'homicide involontaire coupable en février 2003, MM. Malik et Bagri ont fait savoir au juge Josephson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qu'ils choisissaient maintenant d'être jugés devant un juge seul. Le procès de MM. Malik et Bagri (le « procès Air India ») a commencé le 28 avril 2003 et se poursuit toujours.

9

On May 6, 2003, the Crown applied to a judge *ex parte* for a s. 83.28 order to gather information regarding the Air India offences from the Named Person. Dohm A.C.J. of the British Columbia Supreme Court issued the s. 83.28 order for a judicial investigative hearing on the strength of an affidavit by a member of the RCMP's Air India Task Force. He directed the hearing to be held *in camera* and no notice was given to the accused in the Air India Trial, to the press, or to the public. He also prohibited the Named Person from disclosing

Le 6 mai 2003, le ministère public a demandé à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la recherche, auprès de la personne désignée, de renseignements sur les infractions se rapportant à l'affaire Air India. Le juge en chef adjoint Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a prononcé l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la tenue d'une investigation judiciaire sur la foi de l'affidavit d'un membre du Groupe de travail de la GRC sur l'écrasement de l'avion d'Air India. Il a

any information or evidence obtained at the hearing.

Sometime prior to May 20, 2003, when the hearing was to be held, counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri fortuitously became aware of the order and advised Dohm A.C.J. that they wished to make submissions. The Named Person retained counsel, and on June 16, 2003, Dohm A.C.J. was advised that the Named Person wished to challenge the constitutional validity of s. 83.28. Dohm A.C.J. directed that, seven days later, all submissions be heard by Holmes J. The constitutional challenge to s. 83.28 and the application to have the hearing order of Dohm A.C.J. set aside commenced on June 23, 2003. Neither the public nor the press was informed.

On June 27, 2003, the Air India Trial adjourned for the summer. That same day, Ms. Bolan from the Vancouver Sun recognized lawyers from the Air India trial and attempted to follow them into a closed courtroom where *in camera* proceedings were taking place. The trial list disclosed that “R v. I.*(conference)” was taking place before Holmes J. in courtroom 33. Ms. Bolan contacted counsel for the Vancouver Sun who knocked on the door of courtroom 33. Counsel was informed by a sheriff that the judge would not entertain a motion at that time for the proceedings to be opened to the public.

The Vancouver Sun then filed a Notice of Motion and a letter setting out the background with the Supreme Court of British Columbia and asked for an early date for its motion to be heard. The motion sought an order that counsel for the appellant and a member of the Vancouver Sun’s editorial board, upon filing an undertaking of confidentiality, be provided with access to the pleadings and all materials from the proceedings to date and for an order that

ordonné le huis clos, sans que les personnes inculpées dans le procès Air India, la presse ou le public en soient avisés. Il a également interdit à la personne désignée de communiquer les renseignements ou éléments de preuve obtenus lors de l’investigation judiciaire.

À un certain moment avant le 20 mai 2003, date prévue pour l’investigation, les avocats de MM. Malik et Bagri ont appris par hasard l’existence de l’ordonnance et ont fait savoir au juge en chef adjoint Dohm qu’ils voulaient présenter des observations. La personne désignée a retenu les services d’un avocat et, le 16 juin 2003, le juge en chef adjoint a été informé qu’elle désirait contester la constitutionnalité de l’art. 83.28. Le juge en chef adjoint a ordonné que, sept jours plus tard, toutes les observations soient présentées à la juge Holmes. L’audition de la contestation de la constitutionnalité de l’art. 83.28 et de la demande visant à faire annuler l’ordonnance du juge en chef adjoint Dohm a commencé le 23 juin 2003. Ni le public ni la presse n’en ont été informés.

Le 27 juin 2003, le procès Air India a été ajourné pour l’été. Le même jour, M^{me} Bolan, du journal Vancouver Sun, a reconnu les avocats du procès Air India et a tenté de les suivre dans une salle d’audience fermée au public en raison de l’audience qui s’y tenait à huis clos. Le rôle d’audience indiquait que l’affaire [TRADUCTION] « R c. I.*(conférence) » avait lieu devant la juge Holmes dans la salle 33. M^{me} Bolan a communiqué avec l’avocat du Vancouver Sun, lequel a frappé à la porte de la salle 33. Un shérif a informé l’avocat que la juge n’était pas à ce moment-là disposée à entendre une requête visant à autoriser que les débats se déroulent en public.

Le Vancouver Sun a alors déposé auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique un avis de requête et une lettre expliquant les faits et a demandé que sa requête soit entendue le plus tôt possible. La requête visait à obtenir une ordonnance autorisant l’avocat de l’appelant et un membre du comité de rédaction du Vancouver Sun, dès le dépôt de leur engagement de confidentialité, à avoir accès aux actes de procédure et à tout autre document

10

11

12

the court proceedings be open to the public. The Vancouver Sun was informed, on July 3, 2003, that Holmes J. would hear its application on July 23, 2003.

13 The hearing before Holmes J. continued *in camera*, and on July 21, 2003, she issued her reasons dismissing the application to set aside the s. 83.28 judicial investigative hearing. She did, however, vary the order of Dohm A.C.J. to allow counsel for Malik and Bagri to attend the investigative hearing with the right to cross-examine the Named Person, subject to the restriction that any information received was to be kept confidential by counsel and was not to be shared with the two accused. The Named Person immediately applied to Holmes J., who, on July 22, 2003, stayed the investigative hearing to September 2, 2003, so that the Named Person could seek leave to appeal to this Court. None of this was known to the public or press.

14 On July 22, 2003, the Vancouver Sun received a call from the registry of the British Columbia Supreme Court indicating that the hearing of its application had been delayed to 10 a.m. the following day, apparently to allow the s. 83.28 proceedings to continue *in camera* earlier in the morning. When the courtroom was finally opened to the public, the Vancouver Sun made its application to be allowed further access to pleadings and proceedings on the filing of an undertaking of confidentiality and for a declaration that s. 83.28 proceedings should not be *in camera*. The application was dismissed by Holmes J. on July 24, 2003: [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330.

15 Immediately prior to Vancouver Sun's application, Holmes J. delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment dated July 21, 2003 in which she set out that the hearing before her had involved the constitutional validity of s. 83.28 and the validity of a s. 83.28 order for a judicial

relatif aux procédures qui étaient déjà au dossier, ainsi qu'une ordonnance autorisant que les procédures judiciaires soient ouvertes au public. Le 3 juillet 2003, le Vancouver Sun a été informé que la juge Holmes entendrait sa demande le 23 juillet 2003.

L'audience devant la juge Holmes s'est poursuivie à huis clos et, le 21 juillet 2003, elle a fait connaître les motifs de son jugement par lequel elle rejetait la demande visant l'annulation de l'investigation judiciaire ordonnée en vertu de l'art. 83.28. Elle a toutefois modifié l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm pour permettre aux avocats de MM. Malik et Bagri d'assister à l'investigation, avec droit de contre-interroger la personne désignée, à la condition qu'ils tiennent confidentiels les renseignements reçus et ne les communiquent pas aux deux accusés. La personne désignée a aussitôt présenté à la juge Holmes une requête visant la suspension des procédures; le 22 juillet 2003, la juge a suspendu l'investigation jusqu'au 2 septembre 2003 pour permettre à la personne désignée de présenter une demande d'autorisation d'appel à la Cour. Le public et la presse n'étaient au courant de rien.

Le 22 juillet 2003, le Vancouver Sun a reçu un appel du greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'informant que l'audition de sa requête était reportée à 10 h le lendemain, apparemment pour que la procédure fondée sur l'art. 83.28 puisse se poursuivre à huis clos plus tôt dans la matinée. Lorsque le public fut enfin admis dans la salle d'audience, le Vancouver Sun a présenté sa demande visant à obtenir également accès aux actes de procédures et aux procédures, après le dépôt d'un engagement de confidentialité, et un jugement déclarant que la procédure fondée sur l'art. 83.28 ne doit pas se dérouler à huis clos. La juge Holmes a rejeté la demande le 24 juillet 2003 : [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330.

Juste avant la demande du Vancouver Sun, la juge Holmes a prononcé, en audience publique, un résumé de ses motifs en date du 21 juillet 2003, dans lequel elle indiquait que l'investigation qu'elle avait présidée portait sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 et sur la validité de

investigative hearing. Holmes J. gave a synopsis because the reasons for judgment were sealed. She also revealed that the questioning of the Named Person had not yet commenced. It was at this point that the appellant learned that the British Columbia Supreme Court had been involved in the first-ever application by the Crown under s. 83.28 of the *Criminal Code* for an order requiring a witness to attend a judicial investigative hearing. The appellant contends that but for serendipity and their persistence, no “synopsis” would have been released and the existence of proceedings under s. 83.28 would not have been made public.

The synopsis of reasons for judgment dated July 21, 2003, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, set out that “[t]he proceedings concerned the interpretation, application, and constitutionality of the new s. 83.28 of the *Criminal Code*, which provides for investigative hearings in relation to terrorism offences, as now defined in s. 2 of the *Code*” (para. 1). Holmes J. then explained that an order had been issued under s. 83.28 for a judicial investigative hearing as part of the ongoing Air India Investigation but that the Named Person who was required to attend was neither a suspect nor an accused. She summarized her findings that the order was validly issued and constitutionally sound; that counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri would participate in the investigative hearing because of the unusual circumstance that the Air India Trial was underway; the hearing might have an incidental effect on the Air India Trial but the predominant purpose of the hearing is to further the ongoing investigation; the hearing is subject to restrictions protecting the privacy and other rights and interests of the Named Person and the integrity of the investigation.

After delivering her synopsis, Holmes J. stated that the s. 83.28 proceeding had been adjourned so that the Named Person could seek leave to appeal to this Court. On July 25, 2003, LeBel J. ordered that the Supreme Court of Canada file be sealed and that the application for leave be expedited. Leave was

l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 autorisant l’investigation judiciaire. La juge a donné un résumé parce que les motifs du jugement avait été mis sous scellés. Elle a également fait savoir que l’interrogatoire de la personne désignée n’avait pas encore commencé. C’est alors que l’appelant a appris que c’était la première fois que la Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie d’une demande du ministère public visant à obtenir, en vertu de l’art. 83.28 du *Code criminel*, une ordonnance enjoignant à un témoin de se présenter à une investigation judiciaire. Selon l’appelant, n’eût été le concours de circonstances et son insistance, aucun « résumé » n’aurait été communiqué et l’existence des procédures fondées sur l’art. 83.28 n’aurait pas été rendue publique.

D’après le résumé des motifs du jugement en date du 21 juillet 2003, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, [TRADUCTION] « [l]es procédures portent sur l’interprétation, l’application et la constitutionnalité du nouvel art. 83.28 du *Code criminel*, lequel prévoit la tenue d’investigations relativement à des infractions de terrorisme, maintenant définies à l’art. 2 du *Code* » (par. 1). La juge Holmes a alors expliqué qu’une investigation judiciaire avait été ordonnée en vertu de l’art. 83.28 dans le cadre de l’enquête en cours sur la catastrophe Air India, mais que la personne désignée à qui on avait enjoint de se présenter n’était pas un suspect ni un accusé. Elle a résumé ses conclusions : l’ordonnance était valide et constitutionnelle; les avocats de MM. Malik et Bagri participeraient à l’investigation vu les circonstances exceptionnelles de sa tenue pendant le procès Air India; l’investigation pourrait avoir des répercussions sur le procès Air India, mais son objet principal était de faire avancer l’enquête en cours; et l’investigation était assortie de restrictions visant à protéger la vie privée et les autres droits et intérêts de la personne désignée, ainsi que l’intégrité de l’investigation.

Après avoir prononcé son résumé, la juge Holmes a indiqué qu’elle avait ajourné la procédure fondée sur l’art. 83.28 afin de permettre à la personne désignée de présenter une demande d’autorisation d’appel à la Cour. Le 25 juillet 2003, le juge LeBel a ordonné que le dossier de la Cour suprême

granted on August 11, 2003, to appeal the order of Holmes J. of July 21, 2003.

18 On October 6, 2003, the Vancouver Sun was granted leave to appeal the July 24, 2003 order of Holmes J. dismissing its application for access to the materials in the courts below: [2003] 2 S.C.R. xi. The Vancouver Sun, the National Post, and Global Television Network Inc. were also given intervener standing in the constitutional appeal, limited to issues of media access. Submissions were also made at the October 6 hearing on whether all or part of the constitutional appeal could be opened to the public and the media.

19 At the October 6, 2003 leave hearing, the Named Person indicated the constitutional appeal could be conducted in public. The Attorney General of British Columbia took the position that parts of the appeal, constituting stand-alone issues, could be held in public: the constitutionality of s. 83.28 of the *Criminal Code*, the role of the judge, and retrospective application of the provision. Mr. Bagri submitted that grounds of appeal relating to self-incrimination and privacy under s. 7 of the *Charter*, judicial independence, and retrospectivity could be heard in public.

20 This Court heard the constitutional appeal on December 10 and 11, 2003, in its entirety in open court subject to a number of restrictions specified at the start of the oral hearing by the Chief Justice. During the oral arguments, counsel refrained from mentioning the name and gender of the Named Person, any facts that could identify this person, and any material supporting the order for an investigative hearing. In addition, the hearing was not broadcast, contrary to the usual practice of the Court.

du Canada soit mis sous scellés et qu'on accélère l'examen de la demande d'autorisation d'appel. L'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance du 21 juillet 2003 de la juge Holmes a été accordée le 11 août 2003.

Le 6 octobre 2003, la Cour a accordé au Vancouver Sun l'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance du 24 juillet 2003 par laquelle la juge Holmes avait rejeté sa demande d'accès aux documents contenus aux dossiers des tribunaux d'instance inférieure : [2003] 2 R.C.S. xi. Le Vancouver Sun, le National Post et le Global Television Network Inc. se sont également vu accorder la qualité d'intervenant dans le pourvoi constitutionnel, mais seulement sur les questions concernant l'accès des médias. Des observations ont également été présentées à l'audience du 6 octobre au sujet de l'opportunité de permettre au public et aux médias d'avoir accès à tout ou partie du pourvoi constitutionnel.

À l'audience du 6 octobre 2003 concernant la demande d'autorisation, la personne désignée a indiqué que l'audition du pourvoi constitutionnel pouvait se dérouler en public. Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les parties du pourvoi portant sur des questions indépendantes pouvaient être tenues en public : la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code criminel*, le rôle du juge et l'application rétrospective de la disposition. M. Bagri a soutenu que les moyens d'appel se rattachant au droit de ne pas s'incriminer et au droit à la vie privée garantis par l'art. 7 de la *Charte*, à l'indépendance judiciaire et à l'application rétrospective pouvaient être entendus en audience publique.

Les 10 et 11 décembre 2003, la Cour a entendu en audience publique la totalité du pourvoi constitutionnel, sous réserve de certaines restrictions précisées par la Juge en chef au début de l'audience. Au cours des plaidoiries, les avocats se sont abstenus de mentionner le nom et le sexe de la personne désignée, les faits qui pouvaient permettre de l'identifier et les documents à l'appui de l'ordonnance d'investigation. Par ailleurs, contrairement à la pratique habituelle de la Cour, l'audience n'a pas été télédiffusée.

III. Analysis

The issue on appeal is the level of secrecy that should apply to the application for and conduct of a judicial investigative hearing under s. 83.28 of the *Criminal Code*.

A. *The Parameters of the Open Court Principle*

Section 83.28 of the *Criminal Code*, which provides for the judicial investigative hearing, will cease to apply at the end of the fifteenth sitting day of Parliament after December 31, 2006, unless its application is extended by resolution passed by both Houses of Parliament: *Criminal Code*, s. 83.32(1). Until that time, the Attorney General must make accessible to the public an annual report on its use: *Criminal Code*, s. 83.31. The sunset clause and annual reporting requirements underscore the unusual and serious nature of the judicial investigative hearing. It is therefore important to allow the public to scrutinize and discuss the reasoning and deliberations of a Court when it deals with a challenge to the constitutionality of that proceeding. It is also important to allow the legal profession and the public at large to observe how such a procedure is actually used, as long as this can be done, in full or in part, without undue injury to the administration of justice or without frustrating the purpose of s. 83.28.

This Court has emphasized on many occasions that the “open court principle” is a hallmark of a democratic society and applies to all judicial proceedings: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 187; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paras. 21-22; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. “Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly

III. Analyse

Il s’agit en l’espèce de déterminer le niveau de secret qui devrait s’appliquer à la demande et au déroulement de l’investigation judiciaire prévue à l’art. 83.28 du *Code criminel*.

A. *Les paramètres du principe de la publicité des débats en justice*

L’article 83.28 du *Code criminel*, qui prévoit l’investigation judiciaire, cessera de s’appliquer à la fin du quinzième jour de séance postérieur au 31 décembre 2006, sauf s’il y a prorogation par résolution adoptée par les deux chambres du Parlement : *Code criminel*, par. 83.32(1). Jusque-là, le procureur général doit chaque année mettre à la disposition du public un rapport concernant son application : *Code criminel*, art. 83.31. La disposition de temporisation et l’exigence de produire un rapport annuel témoignent du caractère inusité et de la gravité de l’investigation judiciaire. Il est donc important que le public ait l’occasion d’examiner attentivement et d’analyser le raisonnement et les délibérations du tribunal qui doit se prononcer sur la constitutionnalité de cette procédure. Il est également important de permettre aux avocats et au grand public d’observer de quelle manière cette procédure est utilisée dans les faits, dans la mesure où une observation totale ou partielle est possible sans indûment entraver l’administration de la justice et sans contrecarrer l’objet de l’art. 83.28.

La Cour a souligné à de nombreuses reprises que le « principe de la publicité des débats en justice » est une caractéristique d’une société démocratique et s’applique à toutes les procédures judiciaires : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 187; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 21-22; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. « En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d’exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d’expression libre

21

22

23

democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized”: *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336.

et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l’importance primordiale de cette notion » : *Edmonton Journal*, précité, p. 1336.

24 The open court principle has long been recognized as a cornerstone of the common law: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 21. The right of public access to the courts is “one of principle . . . turning, not on convenience, but on necessity”: *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), *per* Viscount Haldane L.C., at p. 438. “Justice is not a cloistered virtue”: *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), *per* Lord Atkin, at p. 335. “Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity”: J. H. Burton, ed., *Benthamiana: Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115.

Le principe de la publicité des débats en justice est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 21. Le droit du public d’avoir accès aux tribunaux est [TRADUCTION] « une question de principe [. . .] fondée sur la nécessité et non sur des considérations d’ordre pratique » : *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), vicomte Haldane, lord chancelier, p. 438. [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes » : *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), lord Atkin, p. 335. [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l’effort et la meilleure des protections contre l’improbité » : J. H. Burton, dir., *Benthamiana : Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115.

25 Public access to the courts guarantees the integrity of judicial processes by demonstrating “that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 22. Openness is necessary to maintain the independence and impartiality of courts. It is integral to public confidence in the justice system and the public’s understanding of the administration of justice. Moreover, openness is a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts.

L’accès du public aux tribunaux assure l’intégrité des procédures judiciaires en démontrant « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 22. La publicité est nécessaire au maintien de l’indépendance et de l’impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l’administration de la justice. En outre, elle constitue l’élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux.

26 The open court principle is inextricably linked to the freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and advances the core values therein: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 17. The freedom of the press to report on judicial proceedings is a core value. Equally, the right of the public to receive information is also protected by the constitutional guarantee of freedom of expression: *Ford*

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu’elle véhicule : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 17. La liberté de la presse de faire rapport sur les instances judiciaires constitue une valeur fondamentale. De même, le droit du public d’être informé est également

v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1339-40. The press plays a vital role in being the conduit through which the public receives that information regarding the operation of public institutions: *Edmonton Journal*, at pp. 1339-40. Consequently, the open court principle, to put it mildly, is not to be lightly interfered with.

Furthermore, the principle of openness of judicial proceedings extends to the pretrial stage of judicial proceedings because the policy considerations upon which openness is predicated are the same as in the trial stage: *MacIntyre*, *supra*, at p. 183. Dickson J. found “it difficult to accept the view that a judicial act performed during a trial is open to public scrutiny but a judicial act performed at the pretrial stage remains shrouded in secrecy”: *MacIntyre*, at p. 186.

This Court has developed the adaptable *Dagenais/Mentuck* test to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test: *Dagenais*, *supra*; *Mentuck*, *supra*; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The rights and interests considered are broader than simply the administration of justice and include a right to a fair trial: *Mentuck*, *supra*, at para. 33, and may include privacy and security interests.

From *Dagenais* and *Mentuck*, this Court has stated that a publication ban should be ordered only when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

(*Mentuck*, *supra*, at para. 32)

protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d’expression : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Edmonton Journal*, précité, p. 1339-1340. Étant donné que c’est elle qui véhicule au public l’information concernant le fonctionnement des institutions publiques, la presse joue un rôle vital : *Edmonton Journal*, p. 1339-1340. Par conséquent, le moins qu’on puisse dire est qu’il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice.

En outre, le principe de la publicité des procédures judiciaires s’applique aussi au stade précédant le procès. En effet, c’est le même principe qui régit ce stade et celui du procès : *MacIntyre*, précité, p. 183. Le juge Dickson a indiqué qu’il pouvait « difficilement accepter l’opinion qu’un acte judiciaire accompli au cours d’un procès soit assujéti à l’examen minutieux du public alors qu’un acte judiciaire accompli au stade précédant le procès soit gardé secret » : *MacIntyre*, p. 186.

La Cour a élaboré le critère souple des arrêts *Dagenais/Mentuck* afin de pondérer la liberté d’expression avec d’autres droits et intérêts, incorporant ainsi l’essence de la pondération selon le critère de l’arrêt *Oakes* : *Dagenais* et *Mentuck*, précités; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Les droits et intérêts examinés sont plus vastes que la simple administration de la justice et comportent le droit à un procès équitable : *Mentuck*, précité, par. 33; ils peuvent comprendre les droits qui touchent à la vie privée et à la sécurité.

Dans *Dagenais* et *Mentuck*, la Cour affirme qu’une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l’accusé à un procès public et équitable, et sur l’efficacité de l’administration de la justice.

(*Mentuck*, précité, par. 32)

27

28

29

30 The first part of the *Dagenais/Mentuck* test reflects the minimal impairment requirement of the *Oakes* test, and the second part of the *Dagenais/Mentuck* test reflects the proportionality requirement. The judge is required to consider not only “whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk”: *Mentuck, supra*, at para. 36.

31 While the test was developed in the context of publication bans, it is equally applicable to all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings. Discretion must be exercised in accordance with the *Charter*, whether it arises under the common law, as is the case with a publication ban (*Dagenais, supra; Mentuck, supra*); is authorized by statute, for example under s. 486(1) of the *Criminal Code* which allows the exclusion of the public from judicial proceedings in certain circumstances (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), supra*, at para. 69); or under rules of court, for example, a confidentiality order (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41). The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at para. 71.

B. *The Nature of the Judicial Investigative Hearing Under Section 83.28*

32 We have reproduced the relevant statutory provisions of the *Criminal Code* in the appendix to these reasons. From the perspective of the open court principle, the proceedings under s. 83.28 can be usefully broken down into three steps:

- (a) the *ex parte* application under s. 83.28(2) for an order for the gathering of information;

Le premier volet du critère de *Dagenais/Mentuck* reflète l'exigence de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* et le deuxième volet, l'exigence de proportionnalité. Le juge est tenu non seulement de déterminer « s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi [de] limite[r] l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque » : *Mentuck*, précité, par. 36.

Même si le critère a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, il s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*, peu importe qu'il soit issu de la common law, comme c'est le cas pour l'interdiction de publication (*Dagenais* et *Mentuck*, précités); d'origine législative, par exemple sous le régime du par. 486(1) du *Code criminel*, lequel permet d'exclure le public des procédures judiciaires dans certains cas (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 69); ou prévu dans des règles de pratique, par exemple, dans le cas d'une ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41). C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, par. 71.

B. *La nature de l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28*

Nous avons reproduit, en annexe, les dispositions législatives pertinentes du *Code criminel*. Dans l'optique du principe de la publicité des débats en justice, il peut être utile de scinder le processus prévu à l'art. 83.28 en trois étapes :

- a) la demande, en l'absence de toute autre partie, que soit rendue une ordonnance autorisant la recherche de renseignements en vertu du par. 83.28(2);

(b) the hearing itself, under the terms and conditions contemplated in s. 83.28(5)(e); and

(c) the post-hearing stage, at which non-public information may be released publicly, again subject to the terms and conditions in s. 83.28(5)(e).

Section 83.28 does not expressly provide for any part of the judicial investigative hearing to be held *in camera*.

Competing views about the proper interpretation of the provision as a whole are as follows: on the one hand, the appellant argues that the open court principle applies to the entire process and should only be displaced in accordance with the *Dagenais/Mentuck* test. The respondents, on the other hand, submit that when Parliament enacted the section, it was entitled to rely on this Court's jurisprudence to the effect that investigative processes, even if they involve a judicial officer, are presumptively held *in camera* (referring, for example to an application for a search warrant: *MacIntyre, supra*).

The validity of the respondents' submission rests on the assumption that the s. 83.28 hearing is an investigative measure akin to the issuance of a search warrant. This assumption is only partly accurate because one must distinguish between an application for a s. 83.28 judicial investigative hearing and the holding of the judicial investigative hearing. The application for an order that a judicial investigative hearing be held is procedurally similar to the application for a search warrant or for a wiretap authorization. Section 83.28(2) provides that the application, made by a peace officer with prior consent of the Attorney General (83.28(3)), is *ex parte*. By its very nature, this application must be presented to a judge *in camera*.

In that *in camera* procedure, the judge is directed to determine, for a past offence under

b) l'investigation à proprement parler, à laquelle on applique les modalités visées à l'al. 83.28(5)e);

c) l'étape subséquente à l'investigation, à laquelle les renseignements non publics peuvent être divulgués au public, là encore sous réserve des modalités de l'al. 83.28(5)e).

L'article 83.28 ne prévoit pas expressément le huis clos pour quelque partie que ce soit de l'investigation judiciaire.

Les points de vue sur l'interprétation à donner à la disposition sont opposés : d'une part, l'appellant soutient que le principe de la publicité des débats en justice s'applique à l'ensemble du processus et qu'il ne devrait y avoir dérogation qu'en conformité avec le critère de *Dagenais/Mentuck*. D'autre part, les intimés font valoir que, lorsque le législateur a adopté la disposition, il avait le droit de se fonder sur la jurisprudence de la Cour selon laquelle il faut présumer que les enquêtes, même celles auxquelles participe un officier de justice, sont tenues à huis clos (ils renvoient, à titre d'exemple, à une demande de mandat de perquisition : *MacIntyre, précité*).

La validité de l'argument des intimés repose sur l'hypothèse que l'investigation prévue à l'art. 83.28 est une mesure de type inquisitoire qui s'apparente à la délivrance d'un mandat de perquisition. Cette hypothèse n'est exacte qu'en partie parce qu'il faut faire une distinction entre une demande d'investigation judiciaire fondée sur l'art. 83.28 et la tenue de l'investigation judiciaire. La demande visant à obtenir une ordonnance d'investigation judiciaire est similaire, sur le plan de la procédure, à la demande de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique. Le paragraphe 83.28(2) prévoit que la demande de l'agent de la paix, après l'obtention du consentement du procureur général (83.28(3)), est présentée en l'absence de toute autre partie. La nature même de cette demande commande qu'elle soit présentée au juge à huis clos.

Dans le cadre du huis clos, le juge est tenu de déterminer si, dans le cas d'une infraction passée

33

34

35

s. 83.28(4)(a), whether (1) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence has been committed; and (2) information about the offence, or about a suspect, is likely to be obtained by the holding of a judicial investigative hearing. The judge may also determine, for a future offence under s. 83.28(4)(b), whether (1) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed; (2) that the person has information about the offence or a third party who may commit that offence; and (3) reasonable attempts have already been made to obtain that information from the person.

36

This first step of the process is akin to the application for the issuance of a search warrant. Although that application is heard by a judge, the imperatives of the investigation require that it not be made public: *MacIntyre, supra*, at pp. 177-78. The same is true of a wiretap application, and, in most cases, of an application for a DNA warrant (although, in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, we left open the discretion of a judge to hold a contested hearing on the appropriateness of issuing a DNA warrant). In any event, since that process must be held *ex parte*, it follows that in that context it could not be held in open court: see *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75.

37

The real issue is whether, because of the investigative nature of the judicial hearing, it too must, by necessity, be presumptively held in secret. In that respect, the analogy to the execution of search warrants, as opposed to their issuance, is not particularly helpful. It is true that search warrants are not only issued, but executed in secret. On the other hand, they are not executed by judges. The judicial role consists of ensuring that there are reasonable grounds to authorize a particular police action. In contrast, the judicial investigative hearing requires full judicial participation in the conduct of the hearing itself.

qui est prévue à l'al. 83.28(4)a), (1) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été commise, (2) des renseignements concernant l'infraction ou un suspect sont susceptibles d'être obtenus dans le cadre d'une investigation judiciaire. Le juge peut également déterminer si, dans le cas d'une infraction future qui est prévue à l'al. 83.28(4)b), (1) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise, (2) une personne a des renseignements concernant l'infraction ou un tiers sur le point de commettre une telle infraction, et (3) des efforts raisonnables ont déjà été déployés pour obtenir ces renseignements de la personne visée.

Cette première étape du processus s'apparente à une demande de délivrance de mandat de perquisition. Même si c'est un juge qui entend la demande, les impératifs de l'enquête exigent que celle-ci ne soit pas rendue publique : *MacIntyre*, précité, p. 177-178. Il en va de même pour la demande d'écoute électronique et, dans la plupart des cas, la demande de mandat ADN (cependant, dans *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, nous avons reconnu au juge le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience avec contestation pour décider de l'opportunité de délivrer un mandat ADN). Quoi qu'il en soit, vu que ce processus doit avoir lieu en l'absence de toute autre partie, il s'ensuit que dans ce contexte il ne peut avoir lieu en audience publique : voir *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75.

La véritable question est de savoir s'il faut nécessairement présumer, en raison de la nature même de l'investigation judiciaire, qu'elle aussi doit se dérouler en secret. À cet égard, l'analogie avec l'exécution de mandats de perquisition, contrairement à leur délivrance, n'est pas particulièrement utile. Il est vrai que les mandats de perquisition sont non seulement délivrés mais également exécutés en secret. Toutefois, ils ne sont pas exécutés par les juges. Le rôle du tribunal consiste à vérifier si des motifs raisonnables permettent d'autoriser une action policière précise. Par contre, l'investigation judiciaire exige que le tribunal participe pleinement au déroulement de l'audience même.

The proper balance between the investigative imperatives and the judicial assumption of openness is best achieved by a proper exercise of the discretion granted to judges to impose terms and conditions on the conduct of the hearing under s. 83.28(5)(e). In exercising that discretion, judicial officers should reject the notion of presumptively secret hearings. This conclusion is supported by the choice of Parliament to have investigative hearings of a judicial nature; these hearings must contain as many of the guarantees and indicia that come from judicial involvement as is compatible with the task at hand.

One such guarantee is a presumption of openness, which should only be displaced upon proper consideration of the competing interests at every stage of the process. In that spirit, the existence of an order made under s. 83.28, and as much of its subject-matter as possible should be made public unless, under the balancing exercise of the *Dagenais/Mentuck* test, secrecy becomes necessary. Similarly, once a search warrant has been executed and something has been found, the necessity for secrecy has abated and continued limits on public accessibility should only be “undertaken with the greatest reluctance”: *MacIntyre, supra*, at p. 189.

If the existence of the order is made public, the issuing judge, acting under s. 83.28(5)(e), would determine, still under the guidance of the *Dagenais/Mentuck* test, whether any information ought to be withheld from the public. For example, even though there may be no reason to hide an order for a judicial investigative hearing in relation to an identified alleged terrorist act, it may not be appropriate to reveal the reasonable grounds upon which the police relied to obtain the order. Whether the name of the person who will be heard at the hearing needs to be kept confidential may largely dictate whether the time and place of the hearing will also be the subject of a non-disclosure order. Of course, should the hearing proceed in a public forum, the Crown would be expected to request that parts of the hearing

L'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à l'al. 83.28(5)e) constitue le meilleur moyen d'établir un juste équilibre entre les impératifs de l'enquête et la présomption de publicité des procédures judiciaires. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les officiers de justice devraient rejeter la notion d'investigations présumées secrètes. Cette conclusion est étayée par le choix du législateur de donner aux investigations une nature judiciaire; ces investigations doivent comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet la tâche qui incombe aux tribunaux.

L'une de ces garanties est la présomption de publicité, qui ne devrait être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. Dans cet esprit, l'existence d'une ordonnance prononcée en vertu de l'art. 83.28 et, autant que possible, tout ce qui peut se rattacher à son objet devraient être rendus publics à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret. De même, une fois le mandat de perquisition exécuté et des éléments de preuve trouvés, la nécessité du secret diminue et ce n'est qu'« avec beaucoup d'hésitation » qu'on devrait se résoudre à continuer de restreindre l'accès du public : *MacIntyre, précité*, p. 189.

Si l'existence de l'ordonnance est rendue publique, le juge qui a prononcé l'ordonnance détermine, sous l'autorité de l'al. 83.28(5)e) et toujours selon le critère de *Dagenais/Mentuck*, s'il y a lieu de ne pas divulguer certains renseignements au public. Par exemple, même s'il n'existe peut-être aucune raison de tenir secrète une ordonnance autorisant une investigation judiciaire relativement à l'un des actes de terrorisme précis qui aurait été commis, il peut être inapproprié de divulguer les motifs raisonnables sur lesquels les policiers se sont fondés pour obtenir l'ordonnance. La question de savoir s'il est nécessaire que le nom de la personne appelée à témoigner à l'investigation demeure confidentiel peut en grande partie déterminer si la date, l'heure et le lieu prévus pour

38

39

40

proceed *in camera* in light of the sensitive nature of the information sought.

l'investigation feront également l'objet d'une ordonnance de non-divulgateion. Il est évident que, si l'investigation se déroulait en public, on s'attendrait à ce que le ministère public demande le huis clos pour certaines parties vu le caractère délicat des renseignements recherchés.

41 It may very well be that by necessity large parts of judicial investigative hearings will be held in secret. It may also very well be that the very existence of these hearings will at times have to be kept secret. It is too early to determine, in reality, how many hearings will be resorted to and what form they will take. This is an entirely novel procedure, and this is the first case — to our knowledge — in which it has been used.

Il est fort possible qu'une grande partie des investigations judiciaires soient, par nécessité, tenues secrètes. Il est également fort possible que leur existence même doive parfois demeurer secrète. Il est trop tôt pour déterminer, dans les faits, le nombre d'investigations auxquelles on aura recours et la forme sous laquelle elles se dérouleront. Il s'agit d'une procédure tout à fait nouvelle, et — à notre connaissance — la présente affaire est la première dans laquelle on l'utilise.

42 The parties on the present appeal seem to agree that this is a "unique" case, in the sense that this is not a "typical" set of circumstances in which such a hearing will be sought. This may be so. We cannot speculate as to what will be more "typical". Resort to "reasonable hypotheticals" is fraught with difficulties in an environment as unprecedented as this one. Applying this novel legislation to the fact situation before us, it becomes apparent that at least in this case, the level of secrecy imposed from the outset was unnecessary. It is therefore prudent to proceed with as little departure as possible from the basic tenets of judicial proceedings, all the while developing a discretionary framework that will reflect the unique investigative role of the judge acting under s. 83.28.

Les parties au présent pourvoi semblent convenir qu'il s'agit là d'un dossier « unique », en ce sens qu'il ne s'agit pas des circonstances « typiques » dans lesquelles on sollicitera une telle investigation. C'est peut-être vrai. Nous ne pouvons conjecturer sur ce qui sera plus « typique ». Le recours aux « hypothèses raisonnables » pose des difficultés dans un contexte aussi inusité que le nôtre. L'application de ces nouvelles dispositions législatives aux faits dont nous sommes saisis démontre que, du moins en l'espèce, le niveau de secret imposé au départ n'était pas nécessaire. Il est donc prudent de s'écarter le moins possible des préceptes fondamentaux des procédures judiciaires tout en établissant un cadre discrétionnaire qui tienne compte du rôle d'enquête unique du juge agissant sous l'autorité de l'art. 83.28.

43 In applying the *Dagenais/Mentuck* approach to the decision to hold the investigative judicial hearing *in camera*, judges should expect to be presented with evidence credible on its face of the anticipated risks that an open inquiry would present, including evidence of the information expected to be revealed by the witness. Even though the evidence may reveal little more than reasonable expectations, this is often all that can be expected at that stage of the process and the presiding judge, applying the *Dagenais/Mentuck* test in a contextual manner, would be entitled to proceed on the basis of evidence that satisfies

En appliquant le principe énoncé dans *Dagenais/Mentuck* à la décision de tenir à huis clos l'investigation judiciaire, les juges devraient recevoir des éléments de preuve crédibles à première vue établissant les risques que pourrait présenter une enquête publique, y compris la preuve des renseignements qu'on peut attendre du témoin. Il est possible que la preuve ne révèle pas beaucoup plus qu'on pourrait raisonnablement exiger, mais c'est souvent tout ce à quoi on peut s'attendre à cette étape de la procédure, et le juge qui préside, en appliquant le critère de *Dagenais/Mentuck* en fonction du contexte, aurait le

him or her that publicity would unduly impair the proper administration of justice.

C. *Application to This Case*

At the outset, we must state that this judicial investigative hearing is the first to our knowledge, and our comments are not to be taken as critical of the judges below who dealt with these novel matters under great pressure and time constraints. Properly adapted to the circumstances of this case, the *Dagenais/Mentuck* test in our view leads to the following conclusions.

The application for the order for the judicial investigative hearing under s. 83.28(2) before Dohm A.C.J. on May 6, 2003, was properly heard *ex parte* and *in camera*.

On the other hand, there was no reason for keeping the existence of the order secret, nor the fact that the investigative hearing ordered by Dohm A.C.J. was in relation to the explosion that caused the crash of Air India Flight 182 in June 1985.

In light of the position taken by the Named Person at that stage, the identity of the person was properly kept confidential. That direction should have been made subject to revision by the judge presiding at the judicial investigative hearing.

It is apparent on the facts that notice of the hearing should have been given to counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri promptly. In the circumstances of this case where a potential Crown witness in an ongoing trial becomes the subject of the investigative order, it is obvious that third party interests have to be considered. Section 83.28(5)(e) specifically contemplates the imposition of terms and conditions that are “desirable . . . for the protection of the interests of . . . third parties”. The subsequent participation of counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri in the hearings before Holmes J. merely emphasizes that they should have received notice in the first instance. Instead,

droit de se fonder sur la preuve qui le convainc que la publicité des débats ne nuirait pas indûment à la bonne administration de la justice.

C. *Application aux faits de l’espèce*

Dès le départ, nous précisons que cette investigation judiciaire est, à notre connaissance, la première à avoir eu lieu, et nos observations ne doivent être perçues comme des critiques à l’égard des juges d’instance inférieure qui se sont prononcés sur ces questions inédites tout en composant avec de fortes pressions et contraintes de temps. À notre avis, le critère de *Dagenais/Mentuck*, adapté comme il se doit aux circonstances de l’espèce, donne lieu aux conclusions suivantes.

Le juge en chef adjoint Dohm a eu raison d’entendre à huis clos et en l’absence de toute autre partie la demande d’ordonnance d’investigation judiciaire présentée le 6 mai 2003 en vertu du par. 83.28(2).

Par contre, il n’y avait aucune raison de garder secrets l’existence de l’ordonnance ou le fait que l’investigation ordonnée par le juge en chef adjoint Dohm était liée à l’explosion qui avait causé l’écrasement du vol 182 d’Air India en juin 1985.

Étant donné la position adoptée par la personne désignée à ce stade, c’est à juste titre qu’on a préservé la confidentialité de son identité. Cette décision aurait dû être soumise à la révision du juge appelé à présider l’investigation judiciaire.

Les faits indiquent qu’un avis d’audience aurait dû être transmis sans délai aux avocats de MM. Malik et Bagri. Eu égard aux circonstances de l’espèce, où un témoin à charge éventuel dans un procès en cours fait l’objet d’une ordonnance d’investigation, les droits des tiers doivent manifestement être pris en considération. L’alinéa 83.28(5)e vise précisément à imposer les modalités « indiquées [. . .] quant à la protection des droits [. . .] des tiers ». La participation subséquente des avocats de MM. Malik et Bagri aux investigations devant la juge Holmes met bien en évidence qu’ils auraient dû recevoir un avis dès le départ. Au lieu de cela, l’existence même de l’investigation

44

45

46

47

48

in light of the secrecy surrounding the very existence of the judicial investigative hearing ordered by Dohm A.C.J., counsel found out only accidentally of its existence. They then persuaded Holmes J. that the interests of their clients required their participation in the hearing. A proper application of the principles in the *Dagenais/Mentuck* test reveals that there was no justification for the order that counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri not be given notice of the hearing at the outset. It is particularly incumbent on the presiding judge to turn his or her mind to the *Dagenais/Mentuck* test in *ex parte* applications because the media is not present to represent its own rights and interests: *Mentuck, supra*.

ordonnée par le juge en chef adjoint Dohm ayant été tenue secrète, les avocats ne l'ont apprise que par hasard. Ils ont ensuite persuadé la juge Holmes que les droits de leurs clients commandaient qu'ils participent à l'audience. L'application juste des principes établis dans le critère de *Dagenais/Mentuck* révèle que rien ne justifie l'ordonnance initiale interdisant d'aviser les avocats de MM. Malik et Bagri de la tenue de l'investigation. Le juge qui préside a particulièrement l'obligation de tenir compte du critère de *Dagenais/Mentuck* dans le cas des demandes entendues en l'absence de toute autre partie parce que les médias ne sont pas là pour faire valoir leurs droits et intérêts : *Mentuck, supra*.

49

It is not necessary in this appeal, given our conclusion that the hearing should have been held in open court, to decide whether an appropriate condition under s. 83.28(5)(e) could include an order that counsel be present but be prohibited from disclosing to their clients the content of the information revealed in the hearing. It is difficult to anticipate all the difficulties that such an order may pose. In the same way, we would not endorse the suggestion made by the Vancouver Sun that some members of its Editorial Board be allowed to attend the hearings and have access to the materials but be subject to an undertaking of confidentiality. It is difficult again to understand how the public good is better served by the qualified participation of professionals who cannot discharge fully their publicly entrusted mandate. In any event, these issues can be left for another day, and should be debated amongst the professional bodies involved so that court-imposed conditions can properly consider ethical standards and best practices in the professions involved.

Vu notre conclusion que l'investigation aurait dû être publique, il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si les modalités indiquées que prévoit l'al. 83.28(5)e) pourraient comprendre une ordonnance enjoignant aux avocats d'être présents mais de ne pas divulguer à leurs clients le contenu des renseignements révélés à l'investigation. Il est difficile de prévoir tous les problèmes que peut poser une telle ordonnance. De même, nous ne souscrivons pas à la proposition du Vancouver Sun de permettre à des membres du comité de rédaction d'assister aux audiences et d'avoir accès aux documents sous réserve d'un engagement de confidentialité. Il est difficile, là encore, de comprendre comment le bien public est mieux servi par la participation limitée de professionnels qui ne peuvent pleinement remplir le mandat qui leur est confié par le public. Quoi qu'il en soit, l'examen de ces questions peut être reporté à plus tard et les ordres professionnels visés devraient en débattre afin que les modalités imposées par les tribunaux soient fondées comme il se doit sur les normes de déontologie et les pratiques exemplaires des professions en cause.

50

Keeping in mind our statements about the novelty of this case, the present facts clearly illustrate the mischief that flows from a presumption of secrecy. Secrecy then becomes the norm, is applied across the board, and sealing orders follow as a matter of course.

Compte tenu de nos déclarations au sujet de la nouveauté de la présente affaire, les faits de l'espèce illustrent clairement le préjudice découlant de la présomption de secret. Le secret devient alors la norme, s'applique dans tous les cas, et la mise sous scellés des ordonnances s'ensuit automatiquement.

When the Named Person indicated an intention to challenge the constitutionality of the order, the imperatives of the open court principle became even more compelling. The constitutional challenge, and as much of the information about the case as could be revealed without jeopardizing the investigation, should have been made public, subject, if need be, to a total or partial publication ban. When that matter resumed before Holmes J., it became apparent that the existence of a judicial investigative hearing related to the Air India case was already known to counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri and later to the Vancouver Sun.

The unfolding of events in this case also illustrates how antithetical to judicial process secret court hearings are. Courthouses are public places. In the course of a public hearing a judge may order that part of the proceedings be held *in camera*, thus excluding the public from that part of the hearing. But, of course, in such a case, the fact that an *in camera* hearing is taking place, as well as the overall context in which it was ordered, are in the public domain, subject to challenge, *inter alia* by the press and to comments by interested parties and by the public. Whether better notice should be given to the press, or to other possibly interested parties, of proceedings that are held *in camera* or that are subject to a publication ban is beyond the scope of the issues raised on this appeal but we again suggest serious consideration should be given to this matter by the legal profession, the media, and the courts.

In retrospect, the hearing of the constitutional challenge that was held in open court before us could and should have been held in the same manner before Holmes J. Although she may have felt bound by the secrecy order issued by Dohm A.C.J., it is clear under s. 83.28(5)(e) that the terms and conditions attached to the judicial investigative hearing must be varied and adjusted to achieve the proper balance between confidentiality and publicity as the matter progresses.

Lorsque la personne désignée a indiqué qu'elle avait l'intention de contester la constitutionnalité de l'ordonnance, les impératifs du principe de la publicité des débats en justice se sont faits encore plus pressants. La contestation constitutionnelle et tous les renseignements portant sur l'affaire qui pouvaient être communiqués sans compromettre l'investigation auraient dû être rendus publics, sous réserve, au besoin, d'une ordonnance de non-publication totale ou partielle. Lorsque l'investigation a repris devant la juge Holmes, il était manifeste que les avocats de MM. Malik et Bagri, et plus tard le Vancouver Sun, étaient déjà au courant de l'existence d'une investigation judiciaire liée à l'affaire Air India.

Le déroulement des événements en l'espèce montre également à quel point le huis clos est l'antithèse du processus judiciaire. Les palais de justice sont des endroits publics. Dans une audience publique, le juge peut ordonner qu'une partie des procédures se déroule à huis clos, excluant ainsi le public de cette partie de l'investigation. Mais naturellement, dans ce genre d'affaire, le fait qu'une audience se déroule à huis clos, de même que le contexte global de l'ordonnance, sont du domaine public, susceptibles d'être contestés, notamment par la presse, et d'être critiqués par les intéressés et le public. La question de l'opportunité de mieux renseigner la presse ou d'autres parties intéressées sur les procédures qui se tiennent à huis clos ou qui font l'objet d'une ordonnance de non-publication n'entre pas dans le cadre des questions soulevées en l'espèce, mais nous répétons qu'à notre avis la question devrait être sérieusement examinée par les avocats, les médias et les tribunaux.

A posteriori, l'audition de la contestation constitutionnelle que la Cour a tenue publiquement aurait pu et aurait dû se dérouler de la même manière devant la juge Holmes. Même si celle-ci s'estimait liée par l'ordonnance de secret du juge en chef adjoint Dohm, il ressort clairement de l'al. 83.28(5)e) que, tout au long du déroulement de l'affaire, il faut modifier et adapter les modalités qui se rattachent à l'investigation judiciaire, afin d'atteindre le juste équilibre entre la confidentialité et la publicité.

51

52

53

54

Here, for instance, the Named Person now takes the position that the proceedings should be held in public and no longer wishes that his or her identity be protected. Although this is only one factor to consider and certainly not dispositive of the issue, it removes in part the concerns that the investigative judge may have had regarding the privacy interests of the Named Person. The only factors militating in favour of a degree of secrecy in this case are the factors related to the protection of an ongoing investigation or for other vital but unstated reasons. In a case in which so much of the information relating to the offence is already in the public domain, and in which recourse to a judicial investigative hearing is sought in the midst of an ongoing non-jury trial, the case for extensive secrecy is a difficult one to make and was not made out here.

55

We again emphasize that in the difficult circumstances of this unusual application of a novel criminal procedure, Holmes J. did excellent work in fleshing out the issues and addressing them as best she could. Any shortcomings in her decision become much easier to identify with hindsight, particularly since much of the ordered secrecy in this case has been lifted causing no apparent damage to the investigation. Furthermore, shortcomings in the original decision also become apparent when a hearing is truly adversarial, with all affected interests represented.

56

It is therefore clear that the constitutional challenge here should not have been conducted *in camera*. We would add that there would have been no need to give the Vancouver Sun (through some members of its editorial board or otherwise) preferential and confidential access to secret information in this case if much of the constitutional challenge had been conducted in open court, along the lines of the process followed in this court, with the helpful cooperation of all parties. Much of the constitutional case can be properly argued without the

Par exemple, en l'espèce, la personne désignée estime maintenant que les procédures aurait dû se dérouler en public et ne tient plus à la protection de son identité. Ce n'est là qu'un des facteurs à prendre en considération et il n'est certainement pas déterminant, mais il dissipe en partie les craintes que pouvait avoir le juge président à l'investigation quant au droit à la vie privée de la personne désignée. Les seuls facteurs qui militent en faveur d'un minimum de secret en l'espèce sont ceux qui se rattachent à la protection d'une enquête en cours ou qui sont attribuables à d'autres motifs d'importance capitale mais inexprimés. Dans une affaire où une grande partie des renseignements relatifs à l'infraction sont déjà du domaine public et où on cherche à avoir recours à une investigation judiciaire pendant qu'un procès se déroule devant un juge sans jury, il est difficile de justifier le secret absolu et cela n'a pas été établi en l'espèce.

Nous soulignons encore ici qu'en précisant les questions en litige et les examinant de son mieux, la juge Holmes a accompli un travail remarquable dans une situation aussi difficile que celle de l'espèce, où l'application inusitée d'une nouvelle procédure pénale est examinée. Il est beaucoup plus facile de déceler les lacunes de sa décision avec le recul, particulièrement parce qu'une grande partie du secret visé dans l'ordonnance rendue en l'espèce a été levée sans qu'apparemment l'investigation soit compromise. En outre, l'audience vraiment contradictoire dans laquelle sont représentés les intérêts touchés permet également de faire ressortir les lacunes de la décision initiale.

Il est donc clair qu'en l'espèce, l'audition de la contestation constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos. Nous tenons à ajouter qu'il n'aurait pas été nécessaire, en l'espèce, de permettre au Vancouver Sun (par l'entremise de certains membres de son comité de rédaction ou d'une autre manière) d'avoir un accès préférentiel ou de nature confidentielle aux renseignements secrets si une bonne partie de la contestation constitutionnelle s'était déroulée en audience publique, d'une manière semblable à la méthode adoptée par la

details of the information submitted to the application judge being revealed.

IV. Disposition

We would therefore order that:

The appeal be allowed in part and that the order made by Holmes J. be varied.

That the name of the Named Person be made public.

That the proposed judicial investigative hearing be held in public, subject to any order of the presiding judge that the public be excluded and/or that a publication ban be put in place regarding aspects of the anticipated evidence to be given by the Named Person.

In any event, we would also order that the investigative judge review the continuing need for any secrecy at the end of the investigative hearing and release publicly any part of the information gathered at the hearing that can be made public without unduly jeopardizing the interests of the Named Person, of third parties, or of the investigation: *Criminal Code*, s. 83.28(5)(e). Even in cases where the very existence of an investigative hearing would have been the subject of a sealing order, the investigative judge should put in place, at the end of the hearing, a mechanism whereby its existence, and as much as possible of its content, should be publicly released.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting in part) —

I. Introduction

I agree with Iacobucci and Arbour JJ.'s discussion on the importance of openness of judicial proceedings, both as a principle of common law and as an aspect of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guaranteeing freedom of the press

Cour, avec la précieuse collaboration de toutes les parties. Il est possible de présenter convenablement une grande partie des arguments en matière constitutionnelle sans révéler les éléments du dossier présentés au juge saisi de la demande.

IV. Dispositif

Par conséquent, nous sommes d'avis :

d'accueillir en partie le pourvoi et de modifier l'ordonnance de la juge Holmes;

d'ordonner que le nom de la personne désignée soit divulgué;

d'ordonner que l'investigation judiciaire proposée se déroule en public, sous réserve de toute ordonnance du juge qui préside que le public soit exclu ou que certains aspects du témoignage de la personne désignée fassent l'objet d'une interdiction de publication.

Quoi qu'il en soit, nous ordonnons également que le juge chargé de l'investigation évalue à la fin de cette investigation la nécessité de maintenir le secret et qu'il communique au public tout renseignement obtenu à l'investigation dont la publication ne compromet pas indûment les droits de la personne désignée ou ceux des tiers, ou l'investigation : *Code criminel*, al. 83.28(5)e). Dans les affaires où l'existence même d'une investigation aurait fait l'objet d'une ordonnance de mise sous scellés, il serait opportun que le juge chargé de l'investigation mette en œuvre, une fois celle-ci terminée, un mécanisme permettant de rendre publiques son existence et la plus large mesure possible de son contenu.

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident en partie) —

I. Introduction

Je souscris à l'examen que font les juges Iacobucci et Arbour de l'importance de la publicité des procédures judiciaires en tant que principe de common law et aussi en tant qu'aspect de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et*

57

58

59

(paras. 23-36). However, I respectfully cannot agree with their analysis or disposition in this appeal.

libertés qui garantit la liberté de la presse (par. 23-36). Toutefois, je ne partage pas leur opinion quant à leur analyse et la décision à rendre en l'espèce.

60 While I do recognize that openness of judicial proceedings is the rule and covertness the exception, this Court has held that public access to judicial proceedings can be curtailed “where there is present the need to protect social values of superordinate importance”: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pp. 186-87. In my view, several considerations of superordinate importance, such as the proper administration of justice as well as the protection of the interests, rights and safety of third parties, warrant the curtailment of public access to investigative proceedings under s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in most instances. As discussed below, I believe that public access to investigative hearings would normally defeat the purpose of the proceedings by rendering them ineffective as an investigative tool.

Je reconnais que la publicité des procédures judiciaires est la règle et le secret l'exception, mais la Cour a statué que l'accès du public aux procédures judiciaires peut être restreint « s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance » : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 186. À mon avis, plusieurs considérations d'importance primordiale, comme la bonne administration de la justice ainsi que la protection des intérêts, des droits et de la sécurité des tiers, justifient dans la plupart des cas la restriction de l'accès du public aux procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme nous le verrons plus loin, j'estime que l'accès du public aux investigations irait normalement à l'encontre de l'objet des procédures en les rendant inefficaces comme instrument d'enquête.

II. Inapplicability of the Dagenais/Mentuck Framework

II. L'inapplicabilité du cadre établi dans les arrêts Dagenais/Mentuck

61 This Court developed, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, a framework to guide the exercise of judicial discretion in restricting access to judicial proceedings. Nevertheless, with respect, I do not believe that the *Dagenais/Mentuck* test can guide a judge's discretion in ordering that the investigative proceedings under s. 83.28 should be held *in camera*.

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, la Cour a établi un cadre pour guider les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de restreindre l'accès aux procédures judiciaires. Néanmoins, je ne crois pas que le critère de *Dagenais/Mentuck* puisse servir de guide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner que les procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se déroulent à huis clos.

62 The first requirement of the *Dagenais/Mentuck* test is that a public ban should only be ordered when “such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice” (*Mentuck*, *supra*, at para. 32). This requirement was explained by our Court in *Mentuck*, at para. 34:

Selon le premier volet du critère de *Dagenais/Mentuck*, la non-publication ne peut être ordonnée que si « elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice » (*Mentuck*, précité, par. 32). Dans *Mentuck*, par. 34, la Cour explique en quoi consiste cette exigence :

One required element is that the risk in question be a serious one, or, as Lamer C.J. put it at p. 878 in *Dagenais*, a “real and substantial” risk. That is, it must be a risk the reality of which is well-grounded in the evidence. It must also be a risk that poses a serious threat to the proper

L'un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l'expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s'agir d'un risque dont l'existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s'agir d'un risque

administration of justice. In other words, it is a serious danger sought to be avoided that is required, not a substantial benefit or advantage to the administration of justice sought to be obtained. [Emphasis added.]

Thus, in order to deny access to judicial proceedings, this test requires, at the outset, the existence of a serious risk that is well grounded in the evidence. But where the purpose of the investigative proceeding under review is to gather information and possibly evidence, it would be quite difficult if not impossible to present an application for denial of access that is well grounded in the evidence. The presumption of openness cannot operate in circumstances where it cannot in fact be rebutted. This is the case because there is no evidence before the hearing actually takes place. The very object of the hearing is to gather information and evidence.

In my opinion, the only evidence on which a judge presiding over an investigative hearing could assess the risk under the *Dagenais/Mentuck* test would be the information, if any, supporting the reasonable grounds presented by the peace officer to satisfy the judge hearing the application (s. 83.28(3) and (4)). However, I do not think that reasonable grounds to believe that a person has direct and material information that relates to a past or future terrorist offence, or that relates to the whereabouts of an individual suspected of having committed a terrorism offence, is sufficient evidence upon which a judge can assess the application and upon which he or she may exercise his or her judicial discretion. It is imperative to bear in mind that the information sought has not yet been obtained, and that neither the investigators, the Crown nor the presiding judge is able to predict what the witness will say during the hearing. Consequently, if the presumption of openness applies to investigative hearings, an applicant seeking a denial of public access for the s. 83.28 proceedings could never satisfy the *Dagenais/Mentuck* test. It is not possible for the presiding judge to assess, in an evidentiary vacuum, the degree of risk that would be created if the hearing were open to the public.

qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d'autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l'on cherche à éviter, et non un important bénéfice ou avantage pour l'administration de la justice que l'on cherche à obtenir. [Je souligne.]

Par conséquent, d'après ce critère, si l'on veut interdire l'accès aux procédures judiciaires, il faut en premier lieu qu'il y ait un risque sérieux dont l'existence est bien appuyée par la preuve. Mais lorsque l'objet de la procédure d'enquête visée par le contrôle est la recherche de renseignements ou même d'éléments de preuve, il est fort difficile, voire impossible, de présenter une demande en vue d'interdire l'accès dont le bien-fondé est bien appuyé par la preuve. La présomption de publicité des audiences ne joue pas lorsqu'elle n'est pas susceptible de réfutation. C'est le cas en l'espèce parce qu'il y a absence de preuve avant que l'investigation n'ait effectivement lieu. L'objet même de l'investigation est la recherche de renseignements et d'éléments de preuve.

À mon avis, les seuls éléments de preuve sur lesquels le juge qui préside l'investigation peut se fonder pour évaluer le risque conformément au critère de *Dagenais/Mentuck* seraient les éventuels renseignements qui justifient les motifs raisonnables présentés par l'agent de la paix pour convaincre le juge saisi de la demande (par. 83.28(3) et (4)). Toutefois, je ne crois pas que les motifs raisonnables de croire qu'une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme qui a été ou sera commise, ou de nature à révéler le lieu où se trouve l'individu soupçonné d'avoir commis une infraction de terrorisme, constituent une preuve suffisante qui permet au juge d'évaluer la demande ou d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il est impératif d'avoir à l'esprit que les renseignements recherchés n'ont pas encore été obtenus et que ni les enquêteurs, ni le ministère public, ni le juge qui préside ne peuvent prédire les déclarations du témoin à l'investigation. Par conséquent, si la présomption de publicité s'applique aux investigations, le demandeur qui cherche à faire interdire l'accès du public aux procédures fondées sur l'art. 83.28 ne pourrait jamais satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*. En l'absence de

63

64

In light of this inherent uncertainty with which presiding judges are confronted, public access to all investigative hearings under s. 83.28 must be very limited.

preuve, le juge qui préside ne peut apprécier le degré de risque que pourrait susciter une investigation où le public est admis. Compte tenu de l'incertitude inhérente avec laquelle doivent composer les juges qui président, l'accès du public aux investigations prévues à l'art. 83.28 doit être très limité.

65 In sum, a convincing evidentiary basis for denial of access to any judicial proceeding is generally necessary under the *Dagenais/Mentuck* test to rebut the presumption of open courts, a highly valued democratic principle of our society. However, because of the lack of information and evidence prior to an investigative hearing, this framework is not appropriate to determine denial of access. This situation is not unique.

En résumé, selon le critère de *Dagenais/Mentuck*, il est généralement nécessaire d'avoir une preuve convaincante à l'appui de l'interdiction d'accès à toute procédure judiciaire pour pouvoir réfuter la présomption de publicité des débats en justice, principe démocratique auquel notre société accorde une très grande valeur. Toutefois, vu l'absence de renseignements ou d'éléments de preuve avant l'investigation, ce cadre n'est pas indiqué pour décider s'il y a lieu d'interdire l'accès. Il ne s'agit pas d'une situation unique.

66 In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, La Forest J. found that in situations where judges are confronted with an uncertain evidentiary record, the evidence should be received by way of a *voir dire*, from which the public is excluded (at para. 72):

Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, le juge La Forest statue que, dans les cas où les juges composent avec un dossier dont la preuve est incertaine, celle-ci devrait être présentée dans le cadre d'un voir-dire, d'où est exclu le public (par. 72) :

There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*. This may be done by way of a *voir dire*, from which the public is excluded. . . . The decision to hold a *voir dire* will be a function of what is necessary in a given case to ensure that the trial judge has a sufficient evidentiary basis upon which to act judicially. [Emphasis added.]

Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos. Cela peut se faire au moyen d'un voir-dire, procédure au cours de laquelle le public est exclu. [. . .] La décision de tenir un voir-dire dépend de ce qui est nécessaire, dans un cas donné, pour que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour agir de manière judiciaire. [Je souligne.]

67 Thus, it is only after the information and evidence has been gathered by the Crown that the presiding judge will be able to exercise his or her discretion judicially. To act otherwise would present great risks to the proper administration of justice and to the safety, interests and rights of third parties.

Ce n'est donc qu'une fois les renseignements et la preuve recueillis par le ministère public que le juge qui préside pourra exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Agir autrement présenterait des risques sérieux pour la bonne administration de la justice ainsi que pour la sécurité, les intérêts et les droits des tiers.

III. Risk to the Safety, Interests and Rights of Witnesses and Third Parties

The importance of protecting the innocent was considered by Dickson J. in *MacIntyre, supra*, at p. 187:

Many search warrants are issued and executed, and nothing is found. In these circumstances, does the interest served by giving access to the public outweigh that served in protecting those persons whose premises have been searched and nothing has been found? Must they endure the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search? Protection of the innocent from unnecessary harm is a valid and important policy consideration. In my view that consideration overrides the public access interest in those cases where a search is made and nothing is found. The public right to know must yield to the protection of the innocent. If the warrant is executed and something is seized, other considerations come to bear. [Emphasis added.]

In s. 83.28 proceedings, which deal with acts of terrorism, the possibility that information may be disclosed which unfairly prejudices or tarnishes the reputation of innocent people clearly exists. Such proceedings run the risk that “unfounded, even outrageous, allegations of misconduct may be made against the absent target of the information”: *Southam Inc. v. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 275. This unreliable and possibly untruthful testimony could severely damage the reputation of innocent people, who may themselves lack adequate means to counter the effect of information they know to be erroneous or false. This consideration therefore warrants confidentiality in investigative proceedings.

With regard to safety, the disclosure of a witness’s identity may place that person at serious risk of harm from suspects or their allies. The same can be said for third parties identified by the witness as having information to provide during the investigative hearing. This Court has acknowledged the potential jeopardy to the safety of the witness should it become known that he or she is about to be questioned: *R. v. A*, [1990] 1 S.C.R. 992.

III. Le risque pour la sécurité, les intérêts et les droits des témoins et des tiers

Dans *MacIntyre*, précité, p. 187, le juge Dickson examine l’importance de protéger l’innocent :

Bien des mandats de perquisition sont délivrés et exécutés sans que rien ne soit trouvé. Dans ces cas, l’intérêt protégé par l’accès du public l’emporte-t-il sur celui de la protection des personnes chez qui une perquisition a eu lieu sans que l’on n’ait rien trouvé? Ces personnes doivent-elles souffrir l’opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition? La protection de l’innocent à l’égard d’un préjudice inutile est une considération de principe valable et importante. À mon avis, cette considération l’emporte sur le principe de l’accès du public dans les cas où l’on effectue une perquisition sans rien trouver. Le droit du public à l’information doit céder le pas devant la protection de l’innocent. Si le mandat est exécuté et qu’il y a une saisie, d’autres considérations entrent en jeu. [Je souligne.]

Dans le cadre des procédures prévues à l’art. 83.28, lequel vise les actes de terrorisme, la divulgation de renseignements qui injustement portent atteinte à la réputation de l’innocent ou la ternissent est une possibilité réelle. De telles procédures peuvent conduire à des [TRADUCTION] « allégations non fondées, voire outrageantes, de conduite répréhensible contre l’objet de la dénonciation » : *Southam Inc. c. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 275. Un témoignage douteux et probablement faux peut sérieusement compromettre la réputation de personnes innocentes, lesquelles ne disposent peut-être pas de moyens suffisants pour remédier aux effets des renseignements dont ils savent qu’ils sont erronés ou faux. Ce facteur justifie donc la confidentialité des procédures d’enquête.

Pour ce qui est de la sécurité, dévoiler l’identité du témoin risque fort de l’exposer à des représailles de la part des suspects ou de leurs alliés. La même observation vaut pour les tiers que le témoin désigne, lors de l’investigation, comme ayant des renseignements à fournir. La Cour a reconnu le danger qui pourrait menacer la sécurité du témoin si l’on apprenait qu’il allait être interrogé : *R. c. A*, [1990] 1 R.C.S. 992.

68

69

70

71

As noted by the respondent Attorney General of Canada, for some witnesses, the likelihood that the persons against whom they can provide information will discover their identity or the content of their testimony may cause them to commit perjury or refuse to comply with the order. This would go against society's interest in encouraging the reporting of offences and the participation of witnesses in the investigative process. Given the nature of the threat posed by terrorism and terrorist organizations, confidentiality will likely encourage witnesses to come forward and be honest in their recollection of facts, because they would not fear for their safety.

IV. Risk to the Proper Administration of Justice

72

This Court has held that "the open court principle itself must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable": *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at para. 29. This confirmed the findings of our Court in *MacIntyre, supra*, at pp. 187-88:

The point taken here is that the effective administration of justice would be frustrated if individuals were permitted to be present when the warrants were issued. Therefore, the proceeding must be conducted *in camera*, as an exception to the open court principle. I agree. The effective administration of justice does justify the exclusion of the public from the proceedings attending the actual issuance of the warrant. The Attorneys General have established, at least to my satisfaction, that if the application for the warrant were made in open court the search for the instrumentalities of crime would, at best, be severely hampered and, at worst, rendered entirely fruitless. In a process in which surprise and secrecy may play a decisive role the occupier of the premises to be searched would be alerted, before the execution of the warrant, with the probable consequence of destruction or removal of evidence. I agree with counsel for the Attorney General of Ontario that the presence in an open courtroom of members of the public, media personnel, and, potentially, contacts of suspected accused in respect of whom the search is to be made, would render the mechanism of a search warrant utterly useless. [Emphasis added.]

Comme l'a souligné l'intimé le procureur général du Canada, dans le cas de certains témoins, le fait que les personnes visées par les renseignements qu'ils divulguent finiront probablement par découvrir leur identité ou le contenu de leur témoignage peut les amener à commettre un parjure ou à refuser de se conformer à l'ordonnance. Cela irait à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à encourager la dénonciation d'infractions et la participation des témoins à l'enquête. Vu la nature de la menace que présentent le terrorisme et les organisations terroristes, la confidentialité encouragera vraisemblablement les témoins à se manifester et rapporter honnêtement les faits dont ils se souviennent, parce qu'ils n'auraient pas à craindre pour leur sécurité.

IV. Le risque pour la bonne administration de la justice

La Cour a statué que « le principe de la publicité des débats en justice lui-même doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 29. Cela confirme les conclusions de la Cour dans *MacIntyre*, précité, p. 187-188 :

Cet argument porte que s'il était permis aux particuliers d'être présents lors de la délivrance des mandats, l'administration efficace de la justice deviendrait impossible. En conséquence, la procédure doit se dérouler à huis clos, par exception à la règle de l'audience publique. Je suis d'accord. L'administration efficace de la justice justifie que le public soit exclu des procédures qui portent sur la délivrance même du mandat. Les procureurs généraux ont démontré, à ma satisfaction du moins, que si la demande de mandat se déroulait en audience publique, la recherche d'objets relatifs aux crimes serait, au mieux, grandement entravée et, au pire, rendue tout à fait vaine. Dans une démarche où la surprise et le secret peuvent jouer un rôle décisif, l'occupant des lieux à perquisitionner serait prévenu de l'exécution du mandat, avec, comme conséquence probable, la destruction ou l'enlèvement d'éléments de preuve. Je suis d'accord avec le substitut du procureur général de l'Ontario que la présence à l'audience de particuliers, de représentants des médias et éventuellement de contacts des suspects que la perquisition doit viser rendrait complètement inutile le mécanisme que constitue le mandat de perquisition. [Je souligne.]

Although the investigative hearings under s. 83.28 are a new form of proceeding, the question of public access raises essentially the same issues that this Court has considered in the context of other investigative tools. The necessity of clandestine proceedings in relation to the application for and execution of investigative tools has been accepted by this Court in situations concerning search warrant applications and wiretap authorization proceedings.

For example, this Court recognized at para. 51 of *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, that “[t]he reality of modern law enforcement is that police authorities must frequently act under the cloak of secrecy to effectively counteract the activities of sophisticated criminal enterprises.” Speaking about electronic surveillance, Lamer C.J. went on to state at para. 52:

The effectiveness of such surveillance would be dramatically undermined if the state was routinely required to disclose the application and affidavits filed in support of a surveillance authorization to every non-accused surveillance target. The wiretap application will often provide a crucial insight into the *modus operandi* of electronic surveillance, and regular disclosure would permit criminal organizations to adjust their activities accordingly.

Secrecy has therefore been recognized as paramount in the context of wiretaps, and public access has been limited to ensure the effectiveness of electronic surveillance as an investigative device. The same could be said of terrorist groups or organizations: if the police cannot investigate and collect information in a confidential environment, their investigation or attempt to prevent the terrorist offence would be undermined because suspects could be “tipped off”.

The confidentiality of investigative tools was recently confirmed by this Court in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60. In her discussion of the constitutionality of DNA warrants, Arbour J. stated that “as with most investigative techniques, the *ex parte* nature of the proceedings is constitutionally acceptable as a norm because of the

Même si les investigations prévues à l’art. 83.28 constituent une nouvelle forme de procédure, la question de l’accès du public soulève essentiellement les mêmes problèmes examinés par la Cour dans le contexte d’autres instruments d’enquête. La nécessité de recourir à des procédures secrètes pour les demandes visant l’autorisation des instruments d’enquête et leur exécution a été acceptée par la Cour dans le cas des demandes de mandats de perquisition et des procédures se rapportant à l’autorisation d’écoute électronique.

Par exemple, dans *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, la Cour reconnaît au par. 51 que « [l]a réalité moderne de l’application de la loi est que les autorités policières doivent fréquemment agir secrètement pour neutraliser efficacement les activités d’entreprises criminelles hautement perfectionnées. » Au sujet de l’écoute électronique, le juge en chef Lamer ajoute au par. 52 :

L’efficacité d’une telle surveillance serait gravement minée si l’État devait automatiquement divulguer à chaque cible qui n’a pas été accusée la demande d’autorisation de surveillance électronique et les affidavits déposés à l’appui. La demande d’écoute éclairera souvent beaucoup sur le *modus operandi* de la surveillance électronique, et la divulgation régulière permettrait aux organisations criminelles d’ajuster leurs activités en conséquence.

On a ainsi reconnu l’importance primordiale du secret dans le contexte de l’écoute électronique et on a limité l’accès du public afin d’assurer l’efficacité de l’écoute électronique comme moyen d’enquête. La même observation vaut pour les groupes ou organisations terroristes : si la police ne peut faire enquête et recueillir les renseignements en toute confidentialité, son enquête ou sa tentative d’empêcher la perpétration d’une infraction de terrorisme serait compromise parce que les suspects pourraient être « mis au courant ».

La Cour a récemment confirmé la confidentialité des instruments d’enquête dans *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60. Dans son analyse sur la constitutionnalité des mandats ADN, la juge Arbour indique que « comme pour la plupart des techniques d’enquête, la nature *ex parte* des procédures est constitutionnellement acceptable comme norme vu

73

74

75

76

risk that the suspect would take steps to frustrate the proper execution of the warrant” (para. 56).

77

I agree with the respondent Attorney General of British Columbia that police cannot gather information and act upon it at the same time it is disseminated to the public and the media. Information gathered may lead to other avenues of investigation and other potential witnesses. Moreover, the information obtained at a s. 83.28 hearing could be used in connection with subsequent applications for search warrants, wiretaps and further s. 83.28 orders against other witnesses. The efficacy of these investigative tools would be seriously compromised if the details of the s. 83.28 proceedings were open to the public. Corruption of witnesses’ recollections, the potential fleeing of suspects and the risk of pressure being put on future witnesses to give false testimony are but a few examples.

78

Unlike other investigative proceedings, such as search warrants, where the evidence found and things seized are material, a witness’s version of events may vary substantially, especially in response to threats or intimidation. This person could also flee. Thus, there is a legitimate law enforcement interest in maintaining the confidentiality of a witness’s identity and testimony, because the premature disclosure of information about a terrorism offence would compromise and impede the very investigation of this gathered information. This would frustrate effective law enforcement, which is meant to benefit society as a whole: *S.A.B.*, *supra*, at para. 51.

79

The predominant purpose of the investigative hearing, like the execution of a search warrant, is to gather information. While the purposes of these investigative tools are similar, this should not be taken as saying that the role of the judge in investigatory proceedings is like that of an agent of the state charged with executing a search

le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat » (par. 56).

Je conviens avec l’intimé le procureur général de la Colombie-Britannique que la police ne peut pas rechercher des renseignements et prendre les mesures qui s’imposent en même temps que ces renseignements sont transmis au public et aux médias. En effet, les renseignements recueillis peuvent conduire à d’autres moyens d’enquête et à d’autres témoins. En outre, les renseignements obtenus à l’investigation prévue à l’art. 83.28 peuvent être utilisés dans des demandes subséquentes de mandats de perquisition ou d’écoute électronique, ou d’autres ordonnances fondées sur l’art. 83.28 visant d’autres témoins. L’efficacité de ces instruments d’enquête serait gravement compromise si le public connaissait les détails des procédures prévues à l’art. 83.28. La détérioration des souvenirs des témoins, la fuite possible des suspects et le risque de faux témoignages dus aux pressions qui pourraient être exercées contre les témoins n’en sont que quelques exemples.

Contrairement à d’autres procédures d’enquête, comme les mandats de perquisition, où les éléments de preuve recueillis et les objets saisis sont des choses concrètes, la version des faits du témoin peut varier considérablement, surtout sous l’effet de menaces ou d’intimidation. Celui-ci peut aussi prendre la fuite. Les autorités chargées de l’application de la loi ont donc un intérêt légitime à maintenir la confidentialité de l’identité du témoin et de son témoignage, parce que la communication prématurée de renseignements portant sur une infraction de terrorisme compromettrait et entraverait l’enquête sur ces renseignements. Une telle situation empêcherait l’application efficace de la loi, qui est censée profiter à l’ensemble de la société : *S.A.B.*, précité, par. 51.

Tout comme dans le cas de l’exécution d’un mandat de perquisition, l’investigation a essentiellement pour objet de rechercher des renseignements. Malgré la similarité des objets de ces instruments de recherche, le rôle du juge dans les procédures d’enquête diffère de celui du représentant de l’État chargé de l’exécution d’un mandat

warrant. Rather, the companion reasons clearly state that the judge's role in investigative proceedings under s. 83.28 is limited to ensuring that information is gathered in a proper manner and protecting the integrity of the investigation and interests of the witness (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, at paras. 86-87). However, the evidentiary uncertainty preceding both procedures is the same. Without knowing what information will be revealed, it is not possible, in my view, to evaluate the seriousness of the risk to third parties' rights and to the proper administration of justice. Judges simply do not have sufficient evidence on which to make an informed assessment. Thus, in the case of investigative hearings, the presumption of openness must yield to other serious considerations so as to preserve the rights of third parties and ensure the proper administration of justice.

In my opinion, the fact that an investigative hearing takes place during an ongoing investigation further supports the confidentiality of the proceedings. For example, the respondent Bagri argues that the premature disclosure of investigative information from a s. 83.28 hearing could compromise the integrity of the ongoing investigations, which could in turn hamper his ability to make full answer and defence in the Air India trial.

Likewise, the fact that the hearing was in part about the constitutional validity of s. 83.28 did not make the imperatives of the open court principle more compelling in this case. To the contrary, the public disclosure of this challenge to the provision would ignore the fact that the Named Person's identity and any information that person may disclose should be kept confidential until the completion of the proceeding. An examination of the record shows that the constitutional challenge could not realistically be separated from the actual investigative hearing — in fact, public disclosure of such a challenge would normally have the effect of publicizing the fact that an application has been made

de perquisition. Les motifs du pourvoi connexe indiquent plutôt clairement que le rôle du juge dans le cadre des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se limite à veiller à ce que les renseignements soient recueillis de manière légitime et à protéger l'intégrité de l'investigation et les droits du témoin (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, par. 86-87). Toutefois, la preuve qui précède ces procédures présente la même incertitude. À mon avis, il est impossible, sans connaître les renseignements qui seront dévoilés, d'évaluer la gravité du risque auquel les droits des tiers et la bonne administration de la justice sont exposés. Les juges ne disposent simplement pas d'éléments de preuve suffisants sur lesquels se fonder pour porter un jugement éclairé. Par conséquent, dans le cas des investigations, la présomption de publicité doit céder le pas devant d'autres considérations sérieuses afin que soient préservés les droits des tiers et la bonne administration de la justice.

À mon avis, le fait qu'une investigation ait lieu pendant qu'une enquête est en cours appuie le principe de la confidentialité des procédures. Par exemple, l'intimé, M. Bagri, soutient que la communication prématurée des renseignements obtenus dans le cadre de l'investigation prévue à l'art. 83.28 pourrait compromettre l'intégrité des enquêtes en cours, ce qui pourrait par la suite nuire à sa capacité de présenter une défense pleine et entière lors du procès Air India.

De même, le fait qu'en l'espèce l'investigation porte en partie sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 ne rend pas plus contraignants les impératifs du principe de la publicité des débats en justice. Au contraire, divulguer au public la présente contestation de la validité de la disposition ne tiendrait pas compte de l'importance à ne pas dévoiler, avant la fin de l'investigation, l'identité de la personne désignée et tout renseignement que celle-ci peut communiquer. L'examen du dossier démontre qu'on ne saurait, de façon réaliste, dissocier la contestation constitutionnelle de l'investigation même — en fait, la divulgation au public d'une telle contestation aurait normalement

80

81

under s. 83.28 and that an investigative hearing may be taking place, though I would not rule out the possibility of isolating these proceedings and holding them in open court under the appropriate circumstances. In my view, the protection of the judicial system's integrity does not depend on the public's knowledge of potentially harmful information, especially in light of the fact that any information which is found to be non-prejudicial will be publicly disclosed after the end of the proceeding.

pour effet de rendre publiques l'existence d'une demande fondée sur l'art. 83.28 et la tenue probable d'une investigation, quoique, dans les cas où cela pourrait être indiqué, je n'écarterais pas la possibilité d'isoler ces procédures et d'ordonner qu'elles se déroulent en public. À mon avis, la protection de l'intégrité du système judiciaire ne dépend pas du fait que le public soit au courant de renseignements qui risquent de porter préjudice, surtout que les renseignements jugés non préjudiciables seront divulgués au public après la fin de la procédure.

82

For the same reasons, like Holmes J. (*Vancouver Sun (Re)*, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330), I see no merit in alerting the media to the fact that an *in camera* hearing is to take place. Advance notice of the s. 83.28 hearing would serve no useful purpose. The media's pursuit of a newsworthy event at that point would only undermine the proper administration of justice and could potentially damage third parties' rights and interests. The trouble is that until the witness testifies, is it inherently uncertain whether or not public access to the hearing will jeopardize the countervailing interests at stake.

Pour les mêmes motifs que la juge Holmes (*Vancouver Sun (Re)*, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330), je ne vois aucun avantage à prévenir les médias de la tenue d'une investigation à huis clos. Les informer à l'avance qu'une investigation fondée sur l'art. 83.28 aura lieu ne présente aucune utilité. À ce stade, les démarches qu'effectuent les médias pour être au fait d'une nouvelle de nature à intéresser le public ne feraient que nuire à la bonne administration de la justice et pourraient porter atteinte aux droits et intérêts des tiers. Le problème tient à ce qu'avant le témoignage en question, on ne peut savoir avec certitude si l'accès du public à l'investigation nuira aux intérêts opposés qui sont en jeu.

V. Completion of the Investigative Hearing

V. La situation à l'issue de l'investigation

83

I agree with Holmes J. that different considerations apply after the completion of investigative procedures (para. 27). Much like the execution of a search warrant, the evidentiary uncertainty surrounding investigative proceedings under s. 83.28 is dispelled upon completion of the hearing and "the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished": *MacIntyre, supra*, at p. 188. The information gathered by the Crown at the s. 83.28 proceeding will provide a basis upon which the presiding judge can balance the competing interests at stake and more accurately assess the risk presented by the disclosure of information to third parties and to the proper administration of justice. Consequently, all information which is deemed non-prejudicial can be released

Comme la juge Holmes, j'estime que différentes considérations s'appliquent une fois les procédures d'enquête terminées (par. 27). Tout comme pour l'exécution d'un mandat de perquisition, l'incertitude de la preuve quant aux procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 n'existe plus une fois l'investigation terminée et « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » : *MacIntyre*, précité, p. 188. Le juge qui préside pourra se fonder sur les renseignements recueillis par le ministère public dans le cadre de la procédure prévue sur l'art. 83.28 pour pondérer les intérêts opposés qui sont en jeu et évaluer plus exactement le risque que la divulgation de renseignements présente pour des tiers et la bonne

shortly after the hearing. Because openness is the presumption, the person who wishes to deny the right of public access has the burden of proof and must satisfy the *Dagenais/Mentuck* test.

VI. Conclusion

Although the rule is that of openness, where the rights of third parties would be unduly harmed and the administration of justice rendered unworkable by the presence of the public, the court may sit *in camera*. Such is normally the case for investigative proceedings under s. 83.28.

Courts reviewing a trial judge's decision to deny public access must remember that a trial judge is usually in the best position to assess the demands of a given situation: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 77. A reviewing court may look at the facts of this case in hindsight and conclude that the level of secrecy imposed from the outset was unnecessary. Nonetheless, there is no way of knowing this prior to the investigative hearing, because until the witness has testified, judges cannot assess with any degree of accuracy the extent to which the proper administration of justice and third parties' rights could be jeopardized. Accordingly, I find that Holmes J. properly exercised her discretion and did not err by ordering that the s. 83.28 hearing be held *in camera*. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. — Subject to my comments in the companion case of *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, I agree with the reasons of Iacobucci and Arbour JJ. and with their proposed disposition in this appeal.

administration de la justice. Par conséquent, tout renseignement réputé non préjudiciable peut être communiqué peu après l'investigation. Vu la présomption de publicité, c'est à la partie qui demande au tribunal de refuser au public l'accès à ces renseignements qu'incombent la charge de la preuve et l'obligation de satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*.

VI. Conclusion

Même si la règle est celle de la publicité des audiences, lorsqu'il y a possibilité d'atteinte indue aux droits des tiers et que la présence du public rendrait impossible la bonne administration de la justice, le tribunal peut siéger à huis clos. C'est normalement ce qui se produit dans le cas des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28.

Les tribunaux chargés du contrôle de la décision du juge du procès d'interdire l'accès au public ne doivent pas oublier qu'il est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences du cas : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 77. Le tribunal chargé du contrôle peut, après coup, examiner les faits de l'espèce et conclure que le niveau de secret imposé au départ n'était pas nécessaire. Néanmoins, il n'y a aucune façon de le savoir avant l'investigation, parce que les juges ne peuvent pas, avant le témoignage en question, apprécier avec un minimum d'exactitude dans quelle mesure la bonne administration de la justice et les droits des tiers risquent d'être compromis. Je conclus donc que la juge Holmes a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire et n'a pas commis d'erreur en ordonnant que l'investigation prévue à l'art. 83.28 se tienne à huis clos. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — Sous réserve de mes commentaires dans l'affaire connexe *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, je souscris aux motifs des juges Iacobucci et Arbour et au dispositif qu'ils proposent en l'espèce.

84

85

86

APPENDIXStatutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, as amended by S.C. 2001, c. 41

INVESTIGATIVE HEARING

83.28 (1) In this section and section 83.29, “judge” means a provincial court judge or a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

(2) Subject to subsection (3), a peace officer may, for the purposes of an investigation of a terrorism offence, apply *ex parte* to a judge for an order for the gathering of information.

(3) A peace officer may make an application under subsection (2) only if the prior consent of the Attorney General was obtained.

(4) A judge to whom an application is made under subsection (2) may make an order for the gathering of information if the judge is satisfied that the consent of the Attorney General was obtained as required by subsection (3) and

(a) that there are reasonable grounds to believe that

(i) a terrorism offence has been committed, and

(ii) information concerning the offence, or information that may reveal the whereabouts of a person suspected by the peace officer of having committed the offence, is likely to be obtained as a result of the order; or

(b) that

(i) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed,

(ii) there are reasonable grounds to believe that a person has direct and material information that relates to a terrorism offence referred to in subparagraph (i), or that may reveal the whereabouts of an individual who the peace officer suspects may commit a terrorism offence referred to in that subparagraph, and

(iii) reasonable attempts have been made to obtain the information referred to in subparagraph (ii) from the person referred to in that subparagraph.

ANNEXEDispositions législatives

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié par L.C. 2001, ch. 41

INVESTIGATION

83.28 (1) Au présent article et à l'article 83.29, « juge » s'entend d'un juge de la cour provinciale ou d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l'agent de la paix peut, pour la conduite d'une enquête relative à une infraction de terrorisme, demander à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements.

(3) L'agent de la paix ne peut présenter la demande que s'il a obtenu le consentement préalable du procureur général.

(4) Saisi de la demande, le juge peut rendre l'ordonnance s'il est convaincu que le consentement du procureur général a été obtenu en conformité avec le paragraphe (3) et :

a) ou bien il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :

(i) qu'une infraction de terrorisme a été commise,

(ii) que des renseignements relatifs à l'infraction ou susceptibles de révéler le lieu où se trouve un individu que l'agent de la paix soupçonne de l'avoir commise sont susceptibles d'être obtenus en vertu de l'ordonnance;

b) ou bien sont réunis les éléments suivants :

(i) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise,

(ii) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme visée au sous-alinéa (i) ou de nature à révéler le lieu où se trouve l'individu que l'agent de la paix soupçonne d'être susceptible de commettre une telle infraction de terrorisme,

(iii) des efforts raisonnables ont été déployés pour obtenir les renseignements visés au sous-alinéa (ii) de la personne qui y est visée.

- (5) An order made under subsection (4) may
- (a) order the examination, on oath or not, of a person named in the order;
 - (b) order the person to attend at the place fixed by the judge, or by the judge designated under paragraph (d), as the case may be, for the examination and to remain in attendance until excused by the presiding judge;
 - (c) order the person to bring to the examination any thing in their possession or control, and produce it to the presiding judge;
 - (d) designate another judge as the judge before whom the examination is to take place; and
 - (e) include any other terms or conditions that the judge considers desirable, including terms or conditions for the protection of the interests of the person named in the order and of third parties or for the protection of any ongoing investigation.
- (6) An order made under subsection (4) may be executed anywhere in Canada.
- (7) The judge who made the order under subsection (4), or another judge of the same court, may vary its terms and conditions.
- (8) A person named in an order made under subsection (4) shall answer questions put to the person by the Attorney General or the Attorney General's agent, and shall produce to the presiding judge things that the person was ordered to bring, but may refuse if answering a question or producing a thing would disclose information that is protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege.
- (9) The presiding judge shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing.
- (10) No person shall be excused from answering a question or producing a thing under subsection (8) on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to any proceeding or penalty, but
- (a) no answer given or thing produced under subsection (8) shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136; and
 - (b) no evidence derived from the evidence obtained from the person shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that
- (5) L'ordonnance peut contenir les dispositions suivantes :
- a) l'ordre de procéder à l'interrogatoire, sous serment ou non, d'une personne désignée;
 - b) l'ordre à cette personne de se présenter au lieu que le juge ou le juge désigné au titre de l'alinéa d) fixe pour l'interrogatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge qui préside;
 - c) l'ordre à cette personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside;
 - d) la désignation d'un autre juge pour présider l'interrogatoire;
 - e) les modalités que le juge estime indiquées, notamment quant à la protection des droits de la personne que l'ordonnance vise ou de ceux des tiers, ou quant à la protection de toute investigation en cours.
- (6) L'ordonnance peut être exécutée en tout lieu au Canada.
- (7) Le juge qui a rendu l'ordonnance ou un autre juge du même tribunal peut modifier les conditions de celle-ci.
- (8) La personne visée par l'ordonnance répond aux questions qui lui sont posées par le procureur général ou son représentant, et remet au juge qui préside les choses exigées par l'ordonnance, mais peut refuser de le faire dans la mesure où la réponse aux questions ou la remise de choses révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges.
- (9) Le juge qui préside statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose.
- (10) Nul n'est dispensé de répondre aux questions ou de produire une chose aux termes du paragraphe (8) pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais :
- a) la réponse donnée ou la chose remise aux termes du paragraphe (8) ne peut être utilisée ou admise contre lui dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136;
 - b) aucune preuve provenant de la preuve obtenue de la personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui

person, other than a prosecution under section 132 or 136.

(11) A person has the right to retain and instruct counsel at any stage of the proceedings.

(12) The presiding judge, if satisfied that any thing produced during the course of the examination will likely be relevant to the investigation of any terrorism offence, shall order that the thing be given into the custody of the peace officer or someone acting on the peace officer's behalf.

Appeal allowed in part, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent the "Named Person": Howard Rubin, North Vancouver.

Solicitors for the respondent Ripudaman Singh Malik: Smart & Williams, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ajaib Singh Bagri: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136.

(11) Toute personne a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions en tout état de cause.

(12) Si le juge qui préside est convaincu qu'une chose remise pendant l'interrogatoire est susceptible d'être utile à l'enquête relative à une infraction de terrorisme, il peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de l'agent de la paix ou à une personne qui agit pour son compte.

Pourvoi accueilli en partie, les juges BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intimée la « personne désignée » : Howard Rubin, North Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ripudaman Singh Malik : Smart & Williams, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ajaib Singh Bagri : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2004 Vol. 2

3^e cahier, 2004 Vol. 2

Cited as [2004] 2 S.C.R. 371-549

Renvoi [2004] 2 R.C.S. 371-549

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

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

Deputy Registrar / Registrataire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

R. v. Demers.....489

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code ultra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Presumption of innocence — Overbroad legislation — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Absolute discharge not available to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Courts and Review Boards having no power to order psychiatric assessment of unfit accused after initial evaluation in order to adapt disposition to his current circumstances — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. v. Kerr.....371

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Accused killing fellow inmate in self-defence in knife fight in maximum security institution — Trial judge acquitting accused of possession of weapon for purpose dangerous to public peace on basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — Whether possession for defensive purpose mandates acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Elements of offence — Purpose — Proper approach to be applied in determination of purpose — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers.....427

Constitutional law — Extraterritorial application of laws — Parliament's legislative competence to enact laws having extraterritorial effect — Presumption that Parliament did not intend to do so in absence of clear words or necessary implication to contrary.

Copyright — Applicability of copyright legislation — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Demers.....489

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel excèdent-ils la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Portée excessive de la loi — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Impossibilité pour les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public de bénéficier d'une libération inconditionnelle — Tribunaux et commissions d'examen n'ayant pas le pouvoir d'ordonner une autre évaluation psychiatrique des accusés inaptes, après l'évaluation initiale, afin d'adapter la décision à leur situation actuelle — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. c. Kerr371

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — L'accusé en légitime défense a tué un codétenu lors d'un combat aux couteaux dans un établissement à sécurité maximale — Le juge du procès a acquitté l'accusé de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait les armes en sa possession pour dissuader une attaque et se défendre — La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et y a substitué une déclaration de culpabilité — La possession d'une arme pour se défendre commande-t-elle un acquiescement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Éléments de l'infraction — Dessein — Démarche appliquée pour la détermination du dessein — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet.....427

Droit constitutionnel — Extraterritorialité des lois — Pouvoir du Parlement d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale — En l'absence d'un libellé clair ou d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Providers — Whether real and substantial connection to Canada sufficient to support application of Copyright Act.

Copyright — Infringement — Communication to public by telecommunication — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service Providers — Copyright Act deeming participants in telecommunication that provide only means of telecommunication not to be communicators — Whether Internet Service Providers providing solely a conduit for information communicated by others can claim benefit of s. 2.4(1)(b) of Copyright Act — Whether Internet Service Providers impart or transmit copyrighted music and thereby infringe copyright — Whether creation of “cache” of Internet material, even for a purely technical reason, infringes copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2.4(1)(b).

SOMMAIRE (Fin)

déduction nécessaire à l'effet contraire, le législateur est présumé ne pas avoir voulu conférer une portée extraterritoriale à une loi.

Droit d'auteur — Applicabilité de la législation sur le droit d'auteur — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — L'existence d'un lien réel et important avec le Canada suffit-elle pour que s'applique la Loi sur le droit d'auteur?

Droit d'auteur — Violation — Communication au public par télécommunication — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — Suivant la Loi sur le droit d'auteur, le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir les moyens de télécommunication n'est pas réputé en être l'auteur — Le fournisseur de services Internet qui se contente d'être un agent permettant à autrui de communiquer bénéficie-t-il de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi sur le droit d'auteur? — Le fournisseur de services Internet fait-il connaître ou transmet-il une œuvre musicale protégée et viole-t-il de ce fait le droit d'auteur? — La création d'une antémémoire, même pour des raisons purement techniques, viole-t-elle le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2.4(1)(b).

Jason Richard Kerr *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KERR

Neutral citation: 2004 SCC 44.

File No.: 29714.

2004: January 16; 2004: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Accused killing fellow inmate in self-defence in knife fight in maximum security institution — Trial judge acquitting accused of possession of weapon for purpose dangerous to public peace on basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — Whether possession for defensive purpose mandates acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Elements of offence — Purpose — Proper approach to be applied in determination of purpose — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

The accused, an inmate in a maximum security institution, received death threats from the victim, a fellow inmate and a member of a criminal gang that exerted control over inmates through intimidation and assault. The next morning, as on every other morning, the accused concealed two weapons in his pants. In the dining area, the victim approached the accused brandishing a homemade knife. A physical altercation ensued and the victim was killed by a stab to the head. At trial, the accused was acquitted of second degree murder on the basis of self-defence, and of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace on the basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence. The Court of Appeal upheld the acquittal on the

Jason Richard Kerr *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KERR

Référence neutre : 2004 CSC 44.

N^o du greffe : 29714.

2004 : 16 janvier; 2004 : 23 juin.

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

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

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — L'accusé en légitime défense a tué un codétenu lors d'un combat aux couteaux dans un établissement à sécurité maximale — Le juge du procès a acquitté l'accusé de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait les armes en sa possession pour dissuader une attaque et se défendre — La Cour d'appel a annulé l'acquittement et y a substitué une déclaration de culpabilité — La possession d'une arme pour se défendre commande-t-elle un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Éléments de l'infraction — Dessein — Démarche appliquée pour la détermination du dessein — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

L'accusé, détenu dans un établissement à sécurité maximale, a reçu des menaces de mort de la victime, un codétenu membre d'un gang de criminels qui exerçait sa domination sur les autres détenus par l'intimidation et la violence. Le lendemain matin, comme presque tous les matins, l'accusé a caché deux armes dans son pantalon. Dans la salle à manger, la victime s'est approchée de l'accusé en brandissant un couteau de fabrication artisanale. Les deux en sont venus aux coups et la victime a été tuée d'un coup de couteau à la tête. Au procès, l'accusé a été acquitté de meurtre au deuxième degré parce qu'il avait agi en légitime défense, et il a été acquitté de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait des armes en sa possession

charge of murder, but set aside the acquittal on the second charge and substituted a conviction.

Held (Binnie J. dissenting): The appeal should be allowed. The acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace should be restored.

Per Major and Bastarache JJ.: By virtue of s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, the jurisdiction of the Court of Appeal is limited to a question of law alone. The Court of Appeal was of the view that the trial judge had applied a purely subjective test, rather than a hybrid subjective-objective test, in determining whether the accused possessed a weapon for a purpose dangerous to the public peace. An error in the qualification of a legal test is an error of law justifying the Court of Appeal's intervention. The court also viewed the trial judge's conclusion that a purpose of deterrence and defence is not a purpose dangerous to the public peace as a principle of law having precedential value. It was entitled to consider this matter a question of law and thus had jurisdiction to intervene.

To satisfy the requirements of s. 88(1) of the *Criminal Code*, the Crown must establish (1) that the accused possessed a weapon; and (2) that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. The only issue in this case is the question of purpose. A hybrid subjective-objective test is the proper approach to be applied in the determination of purpose. The trier of fact must first determine subjectively what the accused's purpose was. This determination may involve a consideration of objective criteria. The question is what object the accused knew would probably flow from his possession, regardless of whether he desired it or not. Subsequently, the trier of fact must determine objectively whether that purpose was, in all the circumstances, dangerous to the public peace. There is no exhaustive test for dangerousness because of the wide variety of settings and circumstances in which a danger may arise. In s. 88, the concept of "public peace" refers generally to a state of order or to the normal state of society, but violence is not always and without exception a danger to the public peace. It is for the trier of fact, on the basis of all relevant factors, to determine whether the purposeful act would, in the particular circumstances, have endangered the public peace.

pour dissuader une attaque et se défendre. La Cour d'appel a maintenu l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre mais a annulé l'acquittement à l'égard de la seconde accusation et y a substitué une déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge Binnie est dissident) : Le pourvoi est accueilli. L'acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique est rétabli.

Le juge Major et le juge Bastarache : En vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*, la compétence de la Cour d'appel en l'espèce est limitée à une question de droit seulement. La Cour d'appel a estimé que le juge du procès avait appliqué un critère purement subjectif, plutôt qu'un critère à la fois subjectif et objectif, pour décider si une personne avait possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Une erreur dans la qualification d'un critère juridique est une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel. La Cour d'appel a également vu un principe de droit ayant valeur de précédent dans la conclusion du juge du procès selon lequel le but de prévenir une attaque et se défendre au besoin n'est pas un dessein dangereux pour la paix publique. La Cour d'appel pouvait considérer qu'il s'agissait d'une question de droit et elle avait donc compétence pour intervenir.

Pour satisfaire les exigences du par. 88(1) du *Code criminel*, le ministère public doit établir (1) que l'accusé avait une arme en sa possession, et (2) que le dessein de cette possession était dangereux pour la paix publique. La seule question en litige en l'espèce concerne la question du dessein. Pour déterminer le dessein, l'application d'un critère à la fois subjectif et objectif est la démarche appropriée. Le juge des faits doit d'abord déterminer d'une manière subjective le dessein de l'accusé. Cette détermination peut comporter la prise en compte d'éléments objectifs. Il faut se demander quel objet, à la connaissance de l'accusé, pouvait vraisemblablement découler de sa possession, que celui-ci le désire ou non. Ensuite, le juge des faits doit décider d'une manière objective si, compte tenu de toutes les circonstances, ce dessein était dangereux pour la paix publique. Il n'y a pas de critère de dangerosité exhaustif étant donné la grande variété de situations et de circonstances dans lesquelles un danger peut survenir. À l'article 88, la notion de la « paix publique » renvoie généralement à l'ordre ou à l'état normal qui règne dans une société, mais la violence présente toujours, sans exception, un danger pour la paix publique. Il appartient au juge des faits de décider, à partir de tous les facteurs pertinents, si l'acte délibéré aurait, dans ce cas en particulier, mis en danger la paix publique.

The fact that an accused possessed a weapon for a defensive purpose is not itself determinative of guilt or innocence under s. 88, and it is also clear that actual use of a weapon in a manner which is dangerous to the public peace does not establish that the weapon was possessed for a purpose dangerous to the public peace. Where an accused is found to have possessed a weapon for a defensive purpose, it is only where the attack is completely inescapable that possession of a weapon to thwart the attack is not possession for a purpose dangerous to the public peace. Many indicia will be relevant to this determination of avoidability, including location, atmosphere, nature of the threat, imminence of danger, and actual use. A finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence is relevant under s. 88, but not sufficient for an acquittal thereunder. It is relevant insofar as it may reveal both whether the accused's subjective purpose was truly to defend himself and whether, in the circumstances, the attack was escapable.

In this case, the Court of Appeal erred in setting aside the acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. On the day of the altercation, the accused possessed his weapon for the purpose of defending himself against an imminent attack by specific individuals. His purpose was not, in all the circumstances, dangerous to the public peace, since the attack was clearly unavoidable. The accused was subject to specific credible threats of an imminent assault, in an environment from which there was simply no possibility of escape and in which it was futile to seek protection. It is also particularly relevant that the trial judge specifically found that the accused's actual use of the weapon constituted justifiable self-defence.

The Court of Appeal also erred in holding that "the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*". Although concealment is the determinative factor under s. 90, it is but one relevant factor under s. 88. The Court of Appeal effectively replaced the requirement that the purpose be dangerous with the requirement that the purpose be unlawful.

Per Arbour and LeBel JJ.: Section 88(1) of the *Criminal Code* requires a subjective *mens rea*. Constitutional considerations aside, there is a common law presumption that, absent a clear expression of Parliamentary intent, a person is not liable for a criminal offence in the absence of subjective *mens rea*. However, the elements of the offence must be distinguished from the evidentiary problems that arise in any offence where

Le fait qu'un accusé possédait une arme dans un but défensif n'est pas en soi déterminant de sa culpabilité ou de son innocence au regard de l'art. 88, et il est également clair que l'utilisation effective d'une arme d'une manière dangereuse pour la paix publique n'établit pas que la possession de l'arme visait un dessein dangereux pour la paix publique. Lorsque l'on conclut que l'accusé possédait une arme pour se défendre, ce n'est que lorsque l'attaque est absolument inéluctable que la possession d'une arme dans le but de faire échouer une attaque n'est pas une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Nombre d'indices seront pris en compte pour déterminer si l'attaque peut être évitée, y compris le lieu, l'ambiance, la nature de la menace, l'imminence du danger et l'utilisation effective de l'arme. Une conclusion selon laquelle l'accusé s'est effectivement servi de son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense est pertinente eu égard à l'art. 88 mais n'est pas suffisante pour justifier un acquittement. Elle est pertinente dans la mesure où elle peut indiquer si l'intention subjective de l'accusé était vraiment de se défendre, et s'il lui était possible de se soustraire à l'attaque dans les circonstances.

En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en annulant l'acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le jour de l'altercation, l'accusé était armé dans le but de se défendre face à une attaque imminente de la part de certaines personnes. Dans les circonstances, son dessein n'était pas dangereux pour la paix publique puisque l'attaque était manifestement inévitable. L'accusé avait reçu des menaces crédibles d'une attaque imminente, dans un milieu qui ne lui permettait aucunement d'y échapper et où il lui était futile de demander une protection. La conclusion du juge du procès selon laquelle l'utilisation effective de l'arme par l'accusé était un acte de légitime défense revêt aussi une importance particulière.

La Cour d'appel a conclu à tort que « le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel* ». Quoique la dissimulation soit le facteur déterminant pour le besoin de l'art. 90, ce n'est qu'un facteur pertinent au regard de l'art. 88. La Cour d'appel a de fait remplacé l'exigence que le dessein soit dangereux par l'exigence qu'il soit illicite.

La juge Arbour et le juge LeBel : Le paragraphe 88(1) du *Code criminel* exige une *mens rea* subjective. Abstraction faite des considérations constitutionnelles, il existe en common law une présomption que, en l'absence de l'expression claire de l'intention du législateur, nul n'est responsable d'une infraction criminelle commise sans *mens rea* subjective. Il faut cependant distinguer les éléments constitutifs de l'infraction des problèmes

the trier of fact is called on to determine the subjective intent of an accused. To do this, the trier of fact must look at the externalities or objective indicia of the accused's state of mind.

Under s. 88(1), an accused's subjective purpose must be one that is dangerous to the public peace. To avoid importing an objective element into a purely subjective approach, the concept of a "purpose dangerous to the public peace" needs to be given concrete content. Within the meaning of s. 88(1), it is the possession of a weapon with the intention of doing harm to persons or property, or showing reckless disregard for harm to persons or property. Section 88(1) does not require actual use of the weapon, but does require possession of a weapon coupled with an additional intention.

Here, the elements of s. 88(1) have been established. The accused possessed the "shanks" for a purpose dangerous to the public peace, since he intended to use them to harm another person or persons. Self-defence does not negate the *mens rea* of s. 88(1); rather it is a justification for conduct that would otherwise attract criminal liability. An accused can be excused from criminal liability under s. 88(1) where possession of a weapon is necessary for defending himself. On the facts of this case, the defence of necessity is made out. The accused possessed the weapons to defend himself against an imminent attack and had a reasonable belief that the circumstances afforded him no legal way out; also, the harm he sought to avoid outweighed the breach of s. 88(1).

Per Deschamps and Fish JJ.: On a prosecution under s. 88(1) of the *Criminal Code*, the relevant purpose is that of the accused. Any statement by the accused as to the purpose of the possession is admissible and entitled to appropriate weight. It is not, however, conclusive. The court must consider all of the evidence, including the declared purpose, in determining the real purpose for which the accused had possession of the weapon at the relevant time. The court, bearing in mind all of the circumstances, must then determine whether that purpose was "dangerous to the public peace" within the meaning of s. 88 of the *Criminal Code*. That is precisely what the trial judge did. Taking all of the evidence into account, he concluded that the accused had the weapon in his possession "to deter first strike and defend against it should it become necessary". The Court of Appeal erred in setting aside the acquittal. It found the accused guilty under s. 88, the offence with which he was charged, because he

de preuve que pose toute infraction lorsque le juge des faits est appelé à déterminer l'intention subjective de l'accusé. Pour ce faire, le juge des faits doit chercher des signes externes ou objectifs qui dénotent l'état d'esprit de l'accusé.

Aux termes du par. 88(1), le dessein subjectif de l'accusé doit être un dessein dangereux pour la paix publique. Pour éviter d'introduire un élément objectif dans une démarche purement subjective, il faut donner un contenu concret au « dessein dangereux pour la paix publique ». Au sens du par. 88(1), il s'agit de la possession d'une arme dans l'intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou sans se soucier de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels. Le paragraphe 88(1) n'exige pas que l'arme soit effectivement utilisée, mais il exige la possession ainsi qu'une intention additionnelle.

En l'espèce, les éléments du par. 88(1) ont été établis. L'accusé avait les couteaux de fabrication artisanale en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique puisqu'il avait l'intention de les utiliser pour blesser une autre ou plusieurs autres personnes. La légitime défense ne vicie pas la *mens rea* du par. 88(1); elle sert plutôt à justifier une conduite qui engagerait autrement la responsabilité criminelle. Un accusé peut être exonéré de la responsabilité criminelle aux termes du par. 88(1) lorsque la possession d'une arme est nécessaire pour sa défense. Eu égard aux faits de l'espèce, la défense de nécessité est fondée. L'accusé était en possession des armes pour se défendre contre une attaque imminente et il croyait raisonnablement que les circonstances ne lui permettaient pas d'échapper à cette attaque par des moyens légaux; en outre, le préjudice auquel il cherchait à se soustraire l'emportait sur la violation du par. 88(1).

La juge Deschamps et le juge Fish : Dans une poursuite fondée sur le par. 88(1) du *Code criminel*, le dessein pertinent est celui de l'accusé. Toute déclaration de celui-ci au sujet de l'intention sous-jacente à la possession est par conséquent admissible et peut être appréciée comme il se doit. Une telle déclaration n'est cependant pas décisive. Le tribunal doit examiner l'ensemble de la preuve, y compris l'intention exprimée, pour déterminer l'intention réelle sous-jacente à la possession de l'arme par l'accusé au moment en cause. En tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal doit ensuite déterminer si ce dessein était « dangereux pour la paix publique » au sens de l'art. 88 du *Code criminel*. C'est précisément ce que le juge du procès a fait en l'espèce. Prenant en considération tous les facteurs pertinents, il a conclu que l'accusé avait l'arme en sa possession « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». La Cour d'appel a à tort annulé l'acquiescement. Elle a déclaré aux termes

had in its view committed an offence under s. 90 (carrying a concealed weapon) with which he was never charged. Moreover, in dealing with the critical issue of the accused's purpose in possessing the weapon, the court impermissibly substituted its own view of the evidence for the opposite finding of the trial judge, holding that "[the accused's] decision to conceal his weapons evidences [his] choice of reprisal over deterrence". These errors are fatal to the Court of Appeal's decision.

Per Binnie J. (dissenting): The accused's conviction under s. 88(1) of the *Criminal Code* should be upheld. The trial judge found that the accused had not a single purpose but a double motive, each given the same emphasis, for carrying his knife on the day in question. The accused's apprehension of a fight with a fellow inmate was one purpose, but this has to be seen in the broader context of the accused's more general "purpose" of carrying his weapon on every day of his prison life, subjectively contemplating the use of the "shank" in the violent resolution of disputes within the prison population. This broader context raises a more general question about the lawfulness of prisoners carrying weapons inside a maximum security institution and demonstrates "a purpose dangerous to the public peace" within the *Criminal Code* prohibition. The concept of the "public peace" in s. 88(1) aims at a state of order, the very opposite of a state of violent confrontation, and is not much concerned with who is the aggressor and who claims to be defending himself.

The dangerous weapon charge relates only to January 16, 2000. But in determining his purpose on that day it is relevant to take into consideration his general *modus operandi* as part of the factual context. The evidence makes it clear that the accused would have been carrying his knife on the day of the incident irrespective of the threats. As on every other day, he was in possession of a dangerous weapon within a prison culture of violence for the purpose of self-help through the infliction of injury or death. The argument that violent self-help in breach of the peace can be justified as a "necessity" has been rejected since medieval times as inimical to public order and should not be given new credence today.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3

de l'art. 88 l'accusé coupable de l'infraction dont il était accusé parce qu'il avait à son avis commis une infraction à l'art. 90 (port d'une arme dissimulée) dont il n'a jamais été accusé. De plus, lorsqu'elle a examiné la question cruciale de l'intention qu'avait l'accusé alors qu'il possédait l'arme, la Cour d'appel a à tort substitué sa propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès, concluant que « la décision [de l'accusé] de dissimuler ses armes montre qu'il avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion ». Ces erreurs sont fatales à la décision de la Cour d'appel.

Le juge Binnie (dissent) : La déclaration de culpabilité de l'accusé aux termes du par. 88(1) du *Code criminel* doit être maintenue. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas, pour porter un couteau le jour en question, un seul dessein, mais deux desseins, les deux de même importance. L'apprehension par l'accusé d'un combat contre un codétenu fournissait un dessein, mais il faut envisager le contexte plus général du « dessein » de l'accusé de porter son arme comme tous les autres matins de sa vie de détenu, parce qu'il envisageait subjectivement d'utiliser l'« arme de fabrication artisanale » pour résoudre par la violence des différends avec des codétenus. Ce contexte général soulève une question plus générale au sujet de la légalité du port d'armes par des prisonniers dans un établissement à sécurité maximale et démontre « un dessein dangereux pour la paix publique » au sens de l'interdiction prévue au *Code criminel*. Le concept de la « paix publique » au par. 88(1) vise le maintien de l'ordre, antithèse de l'affrontement violent, et ne se soucie guère de savoir qui est l'agresseur et qui prétend se défendre lui-même.

L'accusation relative au port d'armes dans un dessein dangereux ne se rapporte qu'à l'incident du 16 janvier 2000. Mais en déterminant ce dessein ce jour-là, il faut tenir compte, dans le contexte factuel, du *modus operandi* général de l'accusé. Le témoignage de l'accusé indique clairement qu'il aurait porté son couteau le jour de l'incident même s'il n'avait pas reçu de menaces. Comme tous les jours, l'accusé avait en sa possession une arme dangereuse dans un établissement carcéral où régnait la violence et pouvait s'en servir pour se faire justice. L'argument selon lequel on peut justifier par la « nécessité » le recours à la violence en violation de la paix publique est rejeté depuis le Moyen Âge comme contraire à l'ordre public, et il ne faudrait pas rétablir un tel argument de nos jours.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962]

All E.R. 142; **approved:** *R. v. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *R. v. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45; *R. v. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199.

By LeBel J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Howell*, [1982] Q.B. 416; **referred to:** *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *Vallance v. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56; *R. v. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Fish J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Nelson (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576; *Timothy v. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; *R. v. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503; *R. v. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31; *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 30, 31, 34(2), 88 [repl. 1995, c. 39, s. 139], 90 [idem], 175(1)(a), 235(1), 270(1)(b), 343(a), 676(1)(a) [am. 1997, c. 18, s. 93].

Authors Cited

Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

3 All E.R. 142; **arrêts approuvés :** *R. c. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *R. c. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45; *R. c. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. c. Sulland*, (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199.

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. c. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Howell*, [1982] Q.B. 416; **arrêts mentionnés :** *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *Vallance c. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56; *R. c. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge Fish

Arrêt appliqué : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Nelson (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. c. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576; *Timothy c. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *R. c. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503; *R. c. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31; *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)(b), 30, 31, 34(2), 88 [repl. 1995, ch. 39, art. 139], 90 [idem], 175(1)(a), 235(1), 270(1)(b), 343(a), 676(1)(a) [mod. 1997, ch. 18, art. 93].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

Doctrine citée

Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London : Butterworths, 1979.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.

Harding, Alan. *A Social History of English Law*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1966.

Lapointe, P. "Les infractions criminelles", dans *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine*. Cowansville: Yvon Blais, 2003, 55.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Williams, Glanville. "Arrest for Breach of the Peace", [1954] *Crim. L. Rev.* 578.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, [2003] 6 W.W.R. 15, 327 A.R. 38, 174 C.C.C. (3d) 359, 12 C.R. (6th) 308, [2003] A.J. No. 308 (QL), 2003 ABCA 92, upholding the accused's acquittal on the charge of second degree murder but setting aside his acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to public peace. Appeal allowed, Binnie J. dissenting.

Charles B. Davison, for the appellant.

Jim Bowron, for the respondent.

The reasons of Major and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

The appellant, Kerr, an inmate at the Edmonton Institution, was charged with second degree murder and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. The deceased, Joseph Garon, was a member of a criminal gang called the Indian Posse, which, according to expert evidence, controlled the institution at the time of the incident giving rise to the accusations. Garon and an associate had both issued threats against Kerr. The trial judge found Kerr not guilty of the charge of murder on the basis of self-defence; this finding was upheld by the Court of Appeal. The trial judge also found Kerr not guilty of the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, but the Court of Appeal

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.

Harding, Alan. *A Social History of English Law*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1966.

Lapointe, P. « Les infractions criminelles », dans *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine*. Barreau du Québec, dir. Cowansville: Yvon Blais, 2003, 55.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Williams, Glanville. « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L. Rev.* 578.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, [2003] 6 W.W.R. 15, 327 A.R. 38, 174 C.C.C. (3d) 359, 12 C.R. (6th) 308, [2003] A.J. No. 308 (QL), 2003 ABCA 92, qui a maintenu l'acquittal de l'accusé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré mais qui a annulé son acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme à feu dans un dessein dangereux pour la paix publique. Pourvoi accueilli, le juge Binnie est dissident.

Charles B. Davison, pour l'appellant.

Jim Bowron, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Major et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

L'appellant, M. Kerr, un détenu de l'établissement pénitentiaire d'Edmonton, a été accusé de meurtre au deuxième degré et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. La victime, Joseph Garon, appartenait à un gang appelé Indian Posse qui, selon la preuve d'expert, avait la mainmise sur l'établissement lors de l'incident ayant mené aux accusations. M. Garon et un acolyte avaient tous deux proféré des menaces contre M. Kerr. En ce qui concerne l'accusation de meurtre, le juge du procès a conclu que l'appellant avait agi en légitime défense et l'a déclaré non coupable; la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Le juge du procès a également déclaré M. Kerr non coupable de l'accusation de possession d'une arme dans

set aside the acquittal and substituted a conviction.

un dessein dangereux pour la paix publique, mais la Cour d'appel a annulé l'acquittement pour y substituer une déclaration de culpabilité.

2 The issue before this Court is whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction by allowing the appeal, and whether, assuming it had jurisdiction, the conviction should stand. In particular, on this second issue, this Court must determine whether a defensive purpose is, and if so in what circumstances, a purpose dangerous to the public peace.

Notre Cour est appelée à décider si la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en accueillant l'appel et, en supposant qu'elle avait compétence, si la déclaration de culpabilité doit être maintenue. En particulier, en ce qui a trait à cette dernière question, notre Cour doit décider si, et dans quelles circonstances le cas échéant, un but défensif constitue un dessein dangereux pour la paix publique.

II. Facts

II. Les faits

3 Both the appellant Kerr and the deceased Garon were, at all relevant times, inmates at the Edmonton Institution, a federal maximum security gaol. Garon was a member of the Indian Posse, a gang which exerted control over the other inmates — and the institution at large — through intimidation and assault.

À tous les moments considérés, l'appelant et la victime, M. Garon, étaient détenus à l'établissement d'Edmonton, une prison fédérale à sécurité maximale. M. Garon était membre du gang Indian Posse qui exerçait sa domination sur les autres détenus — et sur l'établissement en général — par l'intimidation et l'agression.

4 Kerr worked at the institution as servery cleaner. On the evening of January 15, 2000, Garon demanded coffee from Kerr, but Kerr refused to provide it. Garon told Kerr that if he were not provided with coffee, the prison guard would later find Kerr with his head smashed in. Later, another inmate, also a member of the Indian Posse, similarly demanded coffee and told Kerr that if he were not provided with coffee, Kerr should not be around the next day.

M. Kerr était préposé au nettoyage de la salle à manger. Le soir du 15 janvier 2000, M. Garon a demandé du café à M. Kerr, mais ce dernier a refusé de lui en apporter. M. Garon a dit à M. Kerr que s'il n'obtenait pas de café, l'agent de correction le trouverait la tête fracassée. Plus tard, un autre détenu, également membre du gang Indian Posse, a lui aussi réclamé du café et a dit à M. Kerr que si ce dernier ne lui en apportait pas, il avait intérêt à ne pas se trouver dans les environs le lendemain.

5 The following morning, Kerr, as part of his duties as servery cleaner, set up the dining area for breakfast. Anticipating an attack, he retrieved two weapons which he had hidden under a sink — a metal knife which he had manufactured by sharpening a big spoon, and an ice pick which he had manufactured by sharpening a steel rod. He concealed the weapons in his pants, and remained vigilant as various prisoners entered the dining area.

Le lendemain matin, dans le cadre de ses fonctions de préposé au nettoyage de la salle à manger, M. Kerr a préparé la salle pour le petit-déjeuner. Anticipant une attaque, il a récupéré deux armes qu'il avait dissimulées sous un évier — un couteau en métal qu'il avait fabriqué en aiguisant une grosse cuillère, et un pic à glace qu'il avait fabriqué en aiguisant une tige d'acier. Il a dissimulé les armes dans son pantalon et est demeuré sur ses gardes lorsque des détenus sont entrés dans la salle à manger.

6 Garon, as well as other members of the Indian Posse, entered the dining area. Garon told Kerr that he had “punked him off”; Kerr replied “whatever”. The door to the dining area was then closed, and

M. Garon est entré avec d'autres membres du gang Indian Posse. M. Garon a dit à M. Kerr qu'il l'avait ridiculisé, ce à quoi ce dernier a répondu : [TRADUCTION] « si tu le dis ». La porte de la salle à

Garon approached Kerr, brandishing a homemade knife. Kerr then retrieved his own metal knife. A physical altercation ensued, during which each stabbed the other multiple times. At some point, Garon jumped back and shrugged as though the fight were over. He began to walk out of the dining area, but collapsed.

Garon was transported to the Royal Alexandra Hospital and pronounced dead later that morning. He died of a stab wound to the head delivered by Kerr during the altercation. Kerr was charged on July 9, 2001 with the second degree murder of Garon, contrary to s. 235(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1) of the *Code*.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

Clackson J. accepted Kerr's evidence to the effect that he was defending himself against what he perceived to be a lethal attack. Clackson J. found that Kerr's evidence was compelling and consistent with the physical evidence at the scene and the observations of other witnesses.

Clackson J. acquitted Kerr on the charge of second degree murder on the basis that his actions constituted self-defence. The judge found that Kerr believed that his life was threatened, and that his belief was perfectly justified at the time.

With regard to the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, Clackson J. found that, on the date in question, Kerr possessed the weapons in part as per his usual practice and in part to prepare for defence against imminent aggression. The judge cited *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), for the proposition that possession of a weapon for self-defence purposes does not necessarily render that possession lawful. Nevertheless, Clackson J. acquitted Kerr on the charge in question on the basis that he

manger a alors été fermée et M. Garon s'est approché de M. Kerr en brandissant un couteau de fabrication artisanale. M. Kerr a sorti son propre couteau en métal. Les deux en sont venus aux coups, et chacun a poignardé l'autre à plusieurs reprises. À un moment donné, M. Garon a reculé d'un bond et haussé les épaules comme si le combat était terminé. En se dirigeant vers la sortie, il s'est effondré.

M. Garon a été transporté à l'hôpital Royal Alexandra où son décès a été constaté plus tard dans la matinée. Sa mort a été causée par un coup de couteau à la tête asséné par M. Kerr pendant l'affrontement. Le 9 juillet 2001, M. Kerr a été accusé du meurtre au deuxième degré de M. Garon en contravention du par. 235(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. 46, et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention du par. 88(1) du *Code*.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Le juge Clackson a ajouté foi au témoignage de M. Kerr selon lequel il s'était défendu contre ce qu'il avait perçu comme une attaque mortelle. Le juge a conclu que ce témoignage était convaincant et compatible avec les éléments de preuve matérielle trouvés sur les lieux et les observations des autres témoins.

Le juge Clackson a acquitté M. Kerr de l'accusation de meurtre au deuxième degré parce qu'il avait agi en légitime défense. Le juge a conclu que M. Kerr croyait sa vie menacée et que cette croyance était alors tout à fait fondée.

En ce qui concerne l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, le juge Clackson a estimé que le jour en question, M. Kerr avait des armes en sa possession en partie parce que c'était son habitude et en partie en vue de se défendre contre une attaque imminente. Le juge a cité l'arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), selon lequel la possession d'une arme pour se défendre ne rend pas nécessairement cette possession licite. Le juge Clackson a néanmoins acquitté M. Kerr au motif que ce dernier avait

7

8

9

10

possessed his weapons for purposes of deterrence and defence:

Given the violent atmosphere prevalent at the institution at the time and the number of inmates with homemade weapons, it's my view that the weapons possessed by Mr. Kerr were not possessed contrary to Section 88(1) of the Criminal Code; rather, it would seem that Mr. Kerr had his weapons, much like the world Super Powers have their weapons, to deter first strike and defend against it should it become necessary.

B. *Alberta Court of Appeal* (2003), 13 Alta L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92

eu les armes en sa possession dans un but de dissuasion et pour se défendre :

[TRADUCTION] Vu le climat de violence qui régnait alors à l'établissement et le nombre de détenus qui possédaient des armes de fabrication artisanale, j'estime que M. Kerr n'a pas eu les armes en sa possession en contravention du par. 88(1) du Code criminel; il appert plutôt que M. Kerr possédait ces armes, tout comme les grandes puissances possèdent leurs armes, pour prévenir une attaque et se défendre au besoin.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92

11 With regard to the charge of second degree murder, the Court of Appeal found that there was ample evidence upon which the trial judge relied in finding that all of the elements of self-defence were made out, and that appellate interference was thus not warranted.

12 As for the second charge, the court identified the essential issue as being whether weapons carried for strictly defensive purposes will support a conviction pursuant to s. 88. The court indicated that no single factor, including acquisition and possession of a weapon only for the purpose of self-defence, is determinative of the issue of guilt or innocence on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace; the court cited *Nelson, supra*, in support of this proposition.

13 The court observed that carrying a concealed weapon is a crime, by virtue of s. 90 of the *Code*, and found that Kerr's actions in concealing the weapons play a critical role in the analysis of dangerous purpose in this case. The court held that the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90, since even if one's purpose is self-defence, concealment of a weapon is itself a crime, and the unlawful purpose is thereby made out. The court indicated that there is an arguable distinction between possession of a weapon for defensive purposes, for example in one's home where concealment is unnecessary, and possession of a weapon in a penitentiary setting.

En ce qui concerne l'accusation de meurtre au deuxième degré, la Cour d'appel a estimé que le juge du procès disposait d'une preuve amplement suffisante pour conclure que tous les éléments de la légitime défense avaient été établis, et qu'elle n'était donc pas justifiée d'intervenir en appel.

Quant à la deuxième accusation, la Cour d'appel a déterminé que la question essentielle était de savoir si la possession d'une arme dans un but strictement défensif pouvait justifier une déclaration de culpabilité conformément à l'art. 88. Elle a indiqué qu'aucun facteur unique, y compris l'acquisition et la possession d'une arme dans le seul but de se défendre, n'est déterminant quant à la culpabilité ou à l'innocence d'une personne accusée d'avoir possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique; elle a cité à l'appui l'arrêt *Nelson*, précité.

La Cour d'appel a fait observer que le port d'une arme dissimulée constitue un acte criminel prévu à l'art. 90 du *Code* et elle a conclu que le fait, pour M. Kerr, de dissimuler les armes joue un rôle crucial dans l'analyse relative à l'existence d'un dessein dangereux en l'espèce. Elle a statué que le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 puisque, même si la défense de sa personne est le but recherché, la dissimulation d'une arme est en soi un crime, et le dessein illicite est par le fait même prouvé. La Cour d'appel a indiqué qu'on pourrait faire une distinction entre posséder une arme pour se défendre, par exemple à la maison où la dissimulation est inutile, et posséder une arme dans un établissement pénitentiaire.

The court found that had it been Kerr's intention to deter the apprehended attack, it was open to him to display his weapons to the deceased in a timely manner. The act of concealment, according to the court, rendered it more likely that there would be a breach of the peace. The court found that while concealment facilitated Kerr's counterattack, it also contributed to an already dangerous situation of which Kerr was fully aware. The decision to conceal, according to the court, evidenced Kerr's choice of reprisal over deterrence.

For these reasons, the court held that it could not endorse the trial judge's suggestion that the prevalence of illegal concealed weapons in the prison system entitled Kerr to possess his weapons for self-defence. The court regarded the trial judge's reasoning as a recipe for anarchy in the prison setting, encouraging the proliferation of illegal homemade weapons, exacerbating an already violent atmosphere and making it more likely that violent outbursts would result in grievous bodily harm or death.

The court set aside the acquittal and substituted a conviction for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

IV. Relevant Statutory Provisions

The relevant provisions of the *Criminal Code* are:

88. (1) Every person commits an offence who carries or possesses a weapon, an imitation of a weapon, a prohibited device or any ammunition or prohibited ammunition for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

90. (1) Every person commits an offence who carries a weapon, a prohibited device or any prohibited ammunition concealed, unless the person is authorized under the *Firearms Act* to carry it concealed.

La Cour d'appel est arrivée à la conclusion que si M. Kerr avait voulu prévenir l'attaque appréhendée, il aurait pu montrer ses armes à la victime en temps utile. Selon la cour, la dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix. La Cour d'appel a jugé que si la dissimulation avait facilité la contre-attaque de M. Kerr, elle avait également contribué à une situation déjà périlleuse dont il avait pleinement conscience. Selon la cour, la décision de dissimuler ses armes montrait que M. Kerr avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion.

Pour ces motifs, la Cour d'appel a conclu qu'elle ne pouvait accepter comme le juge du procès que la présence généralisée d'armes illégales dissimulées dans la prison autorisait M. Kerr à avoir des armes en sa possession pour se défendre. Selon elle, le raisonnement du juge du procès ne pouvait que mener au chaos dans le milieu carcéral, favoriser la prolifération des armes illégales de fabrication artisanale, aggraver le climat de violence et accroître le risque d'infliction de lésions corporelles graves ou de décès lors d'incidents violents.

La Cour d'appel a annulé l'acquittement pour y substituer une déclaration de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

IV. Dispositions législatives applicables

Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes :

88. (1) Commet une infraction quiconque porte ou a en sa possession une arme, une imitation d'arme, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable:

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

90. (1) Commet une infraction quiconque porte dissimulés une arme, un dispositif prohibé ou des munitions prohibées sans y être autorisé en vertu de la *Loi sur les armes à feu*.

14

15

16

17

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

V. Issues

18

There are two issues raised in this appeal. The first issue is whether the Court of Appeal had jurisdiction to intervene. The second issue is whether Kerr possessed the weapons for a purpose dangerous to the public peace, or more generally, whether possession for a defensive purpose, alone and without more, mandates an acquittal on a charge of possession for a purpose dangerous to the public peace.

VI. Analysis

A. *Jurisdiction of the Court of Appeal*

19

By virtue of s. 676(1)(a) of the *Code*, the jurisdiction of the Court of Appeal herein was limited to a question of law alone. The qualification of a question as one of law, fact, or mixed fact and law, has presented many problems in the past: see *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286. Further, in some cases, it is difficult to define with precision what the appellate court actually considered to be the error of law alone. In my view, the Court of Appeal in the present case considered the trial judge to have erred in his qualification of the relevant legal test as one that is purely subjective. The Court of Appeal also regarded the trial judgment as having established a legal rule having the potential to apply widely to many cases, which rule it could not endorse.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

V. Questions en litige

Deux questions sont en litige dans le présent pourvoi. La première est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour intervenir. La deuxième est de savoir si M. Kerr a eu les armes en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique ou, plus généralement, si la possession d'une arme dans un but défensif, sans plus, commande un verdict d'acquiescement quant à l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

VI. Analyse

A. *Compétence de la Cour d'appel*

En vertu de l'al. 676(1)a) du *Code*, la compétence de la Cour d'appel en l'espèce était limitée à une question de droit seulement. La qualification d'une question comme question de droit, question de fait ou question de droit et de fait a soulevé de nombreuses difficultés dans le passé : voir *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286. De plus, dans certains cas, il est difficile de dire avec précision ce que la cour d'appel a considéré en fait comme l'erreur de droit seulement. À mon avis, la Cour d'appel en l'espèce a estimé que le juge du procès avait eu tort de tenir pour purement subjectif le critère juridique applicable. Elle a également estimé que le jugement de première instance établissait une règle de droit susceptible de s'appliquer à de nombreux cas, une règle qu'elle ne pouvait accepter.

First, the Court of Appeal was of the view that the determination that a person possessed a weapon for a purpose dangerous to the public peace requires the application of a hybrid subjective-objective test: the purpose of the accused is to be determined subjectively, and the dangerousness of said purpose is to be determined objectively. The trial judge referred to proper authority on this issue — *Nelson, supra* — and specifically indicated that possession of a weapon for self-defence purposes does not itself render said possession lawful. However, the trial judge then proceeded to apply a purely subjective test and concluded plainly that possession of weapons for purposes of deterrence and defence does not constitute possession for a purpose dangerous to the public peace. The trial judge considered the violent atmosphere prevalent at the institution and the high number of inmates with homemade weapons merely as the context illuminating Kerr's subjective purpose, which purpose it found to be deterrence and defence. On this basis alone — and without consideration of the objective dangerousness of Kerr's purpose — the trial judge acquitted. An error in the qualification of a legal test is an error of law justifying the Court of Appeal's intervention: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35.

Second, the Court of Appeal regarded the trial judgment as having established a rule with wide application, thereby raising a question of law: see *Southam, supra*, at paras. 36-37. The trial judge ultimately concluded that a purpose "to deter first strike and defend against it should it become necessary" is not a purpose dangerous to the public peace. In my view, the Court of Appeal viewed this conclusion as a principle of law, having precedential value. Interestingly, the Court of Appeal may have underestimated the generality of the trial judge's proposition, since it may have understood the principle as applying only in prisons with a high prevalence of illegal concealed weapons. Whether limited to a particular prison setting or not, the Court of Appeal regarded the trial judge's rule as a "recipe for anarchy within a prison setting" (para. 32). Certainly, this question is closely related to that discussed above, since it is the trial

Premièrement, la Cour d'appel a estimé qu'un critère à la fois subjectif et objectif devait s'appliquer pour décider si une personne avait possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique : le dessein de l'accusé doit être déterminé d'un point de vue subjectif, et la dangerosité de ce dessein, d'un point de vue objectif. Le juge du procès a cité l'arrêt qui fait autorité sur cette question — *Nelson*, précité — et il a pris soin d'indiquer que le fait de posséder une arme dans le but de se défendre ne rend pas en soi cette possession licite. Toutefois, il a ensuite appliqué un critère purement subjectif et a conclu simplement que la possession d'armes dans un but de dissuasion et de défense ne constitue pas une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le juge du procès n'a vu dans le climat de violence qui régnait à l'établissement et dans le nombre élevé de détenus possédant des armes de fabrication artisanale qu'un contexte éclairant l'intention subjective de M. Kerr, soit selon lui la dissuasion et la défense. Sur ce seul fondement — et sans tenir compte du caractère objectivement dangereux du dessein de M. Kerr — le juge du procès a prononcé l'acquiescement. L'erreur commise en qualifiant un critère juridique est une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel : voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35.

Deuxièmement, la Cour d'appel a considéré que le jugement de première instance établissait une règle d'une grande portée, ce qui soulevait une question de droit : voir *Southam*, précité, par. 36-37. Le juge du procès a conclu en fin de compte que [TRADUCTION] « prévenir une attaque et se défendre au besoin » n'était pas un dessein dangereux pour la paix publique. À mon sens, la Cour d'appel a vu dans cette conclusion un principe de droit ayant valeur de précédent. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel a pu sous-estimer le caractère général de l'affirmation du juge du procès, en ce qu'elle a pu conclure que le principe ne s'appliquait qu'aux prisons où un grand nombre de détenus dissimulaient des armes illicites. Que cette affirmation s'applique à un milieu carcéral en particulier ou non, la Cour d'appel a considéré que la règle établie par le juge du procès [TRADUCTION] « ne pouvait que mener au chaos

judge's purely subjective approach for determining a "purpose dangerous to the public peace" which led him to formulate a general proposition based solely on subjective purpose. In any event, the Court of Appeal was entitled to consider this matter a question of law and thus had jurisdiction to intervene.

B. Possession of a Weapon for a Purpose Dangerous to the Public Peace

22

I note at the outset that s. 88 seems to create two separate offences: (i) possession of a weapon "for a purpose dangerous to the public peace" and (ii) possession of a weapon "for the purpose of committing an offence". In this case, we are concerned only with the first of these offences.

23

In *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at p. 351, this Court set out the two elements which the Crown must prove in order to establish guilt on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace:

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken.

Thus, the Crown must establish (i) that the accused possessed a weapon, and (ii) that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. The offence is qualified in the doctrine as a specific intent crime since "the prohibited conduct [must] be committed with an intent to achieve a particular result": see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 236. In the present case, there is no issue as to possession; we are concerned squarely with the question of purpose.

24

On the purpose, I note first that a person's purpose may change during the time that he possesses.

dans le milieu carcéral » (par. 32). Certes, cette question est intimement liée à celle examinée précédemment, puisque c'est l'application d'un critère purement subjectif pour décider de l'existence d'un « dessein dangereux pour la paix publique » qui a amené le juge du procès à formuler une proposition générale fondée uniquement sur le dessein subjectif. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel pouvait considérer qu'il s'agissait d'une question de droit et elle avait donc compétence pour intervenir.

B. Possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique

Je remarque tout d'abord que l'art. 88 semble créer deux infractions distinctes : (i) la possession d'une arme « dans un dessein dangereux pour la paix publique » et (ii) la possession d'une arme « en vue de commettre une infraction ». Le présent pourvoi ne porte que sur la première de ces infractions.

Dans *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 351, notre Cour a énoncé les deux éléments dont le ministère public doit faire la preuve pour établir la culpabilité d'une personne accusée d'avoir eu une arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique :

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession.

Le ministère public doit donc établir (i) que l'accusé avait l'arme en sa possession et (ii) que cette possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Selon la doctrine, la perpétration de cette infraction exige une intention spécifique étant donné que [TRADUCTION] « l'acte prohibé doit être accompli dans l'intention d'obtenir un résultat précis » : voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 236. En l'espèce, le litige ne concerne pas la possession mais uniquement la question du dessein.

À cet égard, je remarque tout d'abord que l'intention d'une personne peut changer pendant la

I endorse the perspective of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546, where it stated, at p. 549:

Although it is firmly established in law that the element of intent or *mens rea* must be present for there to be an offence, it does not necessarily follow that a person's initial intent when he takes possession of a weapon governs throughout his possession. A person's intent does not necessarily remain constant and may change to a dangerous intent even though the initial purpose in taking possession was not a dangerous one.

There must be, at some point, a meeting of the elements of possession and of a purpose dangerous to the public peace.

There is some confusion in the jurisprudence about the proper test to be applied in the determination of purpose. In my view, the correct approach — a hybrid subjective-objective test — was adopted by the Ontario Court of Appeal in *Nelson*, *supra*. By this approach, the trier of fact must first determine what was the accused person's purpose; this is a subjective determination. The trier of fact must then determine whether that purpose was in all the circumstances dangerous to the public peace; this is an objective determination.

Section 88 requires simply that the accused person have a purpose dangerous to the public peace. Thus, any purpose will do, so long as that purpose is in consequence dangerous to the public peace. As discussed by this Court in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, the term "purpose" is capable of two different meanings: purpose as "intention" or purpose as "desire". In that case, the court concluded that, for the purposes of s. 21(1)(b) of the *Code*, the former definition should be adopted: "a person who consciously performs an act knowing the consequences that will (with some degree of certainty) flow from it 'intends' these consequences or causes them 'on purpose', regardless of whether he or she desired them" (para. 29).

I would endorse this same definition for the provision at issue. Thus, the question under the first

possession. Je fais miens les propos suivants de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546, p. 549 :

[TRADUCTION] Même s'il est bien établi en droit que l'intention ou la *mens rea* doit être présente pour qu'il y ait infraction, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'intention initiale de la personne, lorsqu'elle prend possession d'une arme, demeure la même pendant toute la durée de la possession. L'intention n'est pas nécessairement immuable et elle peut se transformer en un dessein dangereux même si, initialement, la personne a pris possession de l'arme dans un dessein inoffensif.

Il doit y avoir, à un moment donné, rencontre des éléments que sont la possession et un dessein dangereux pour la paix publique.

Une certaine confusion subsiste dans la jurisprudence quant au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer l'intention. À mon avis, dans l'arrêt *Nelson*, précité, la Cour d'appel d'Ontario a appliqué la démarche appropriée — un critère à la fois subjectif et objectif. Suivant cette démarche, le juge des faits doit tout d'abord déterminer le dessein de l'accusé, ce qu'il fait d'une manière subjective. Le juge des faits doit ensuite décider si, compte tenu de toutes les circonstances, ce dessein était dangereux pour la paix publique, ce qu'il fait d'une manière objective.

L'article 88 exige simplement que l'accusé poursuive un dessein dangereux pour la paix publique. La nature du dessein importe donc peu dès lors qu'il s'agit d'un dessein dangereux pour la paix publique. Comme l'a indiqué notre Cour dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, le mot « dessein » peut avoir deux sens différents : on l'assimile soit à l'« intention », soit au « désir ». Dans cette affaire, notre Cour a conclu que pour l'application de l'al. 21(1)(b) du *Code*, il convient d'adopter la première définition : « la personne qui accomplit un acte consciemment et en connaissance des conséquences qui en découleront (avec plus ou moins de certitude) a l'« intention » que celles-ci se réalisent ou les provoque « à dessein », peu importe qu'elle les désire ou non » (par. 29).

J'appliquerais la même définition à la disposition en cause. Ainsi, dans la première étape de l'analyse

25

26

27

stage of the purpose analysis is what object (or objects) did the accused person know would probably flow from his possession, whether he desired it (or them) or not. Of course, understood in this way, a person may have more than one purpose. Since the provision reads “a purpose”, the Crown is entitled to rely on any of the accused person’s purposes.

28

It is interesting to note that, conceptually, the defence of self-defence is not something which one “intends” in the criminal law sense. A person who is attacked intends to assault the assailant; his motivation is self-protection or self-preservation. Stated otherwise, self-defence does not negate the *mens rea* of assault, but rather allows the accused to escape criminal liability on the basis of an acceptable motive: Stuart, *supra*, at p. 453. For the purposes of the present analysis, the phrase “defensive purpose” refers to the intention to assault an aggressor using only as much force as is necessary to repel or thwart the attack.

29

Certainly, the determination of an accused person’s subjective purpose may involve consideration of objective indicia: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5. The distinction between a subjective substantive standard and an objective approach to proof is well settled. As stated in *Nelson*, *supra*, at p. 31:

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

Thus, the testimony of the accused is not the only factor to be considered in determining his purpose; inferences as to purpose can be drawn from

du dessein, il faut se demander quel objet (ou quels objets) pouvaient vraisemblablement, à la connaissance de l’accusé, découler de sa possession, que celui-ci les désire ou non. Certes, dans cette optique, une personne peut avoir plus d’un dessein. Puisque la disposition mentionne « un dessein », le ministère public peut s’appuyer sur tout dessein de l’accusé.

Il est intéressant de noter que, sur le plan conceptuel, la légitime défense n’est pas un moyen de défense « intentionnel » au sens du droit pénal. L’intention de la personne attaquée est d’agresser l’assaillant; sa motivation, de se protéger ou d’assurer sa survie. En d’autres termes, la légitime défense n’annule pas la *mens rea* de l’agression, mais permet plutôt à l’accusé d’échapper à la responsabilité criminelle parce que son mobile est acceptable : Stuart, *op. cit.*, p. 453. Pour les besoins de la présente analyse, l’expression « but défensif » renvoie à l’intention d’agresser un assaillant en n’utilisant que la force nécessaire pour repousser ou faire échouer l’attaque.

Il va sans dire que la détermination de l’intention subjective de l’accusé peut comporter la prise en compte d’éléments objectifs : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5. La distinction entre une norme fondamentale subjective et une analyse objective de la preuve est bien établie. Comme la cour l’a affirmé dans *Nelson*, précité, p. 31 :

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est un facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Le témoignage de l’accusé n’est donc pas le seul facteur à prendre en considération pour déterminer son intention; des facteurs objectifs, comme

objective factors, such as actual use: see also *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249 (Ont. C.A.).

The court in *Nelson*, *supra*, suggested that the determination of the accused person's subjective purpose is only the first part of a two-stage analysis. The trier of fact must in the second stage determine whether the purpose was, from an objective standard, dangerous to the public peace. As stated at p. 32, the fact that an accused person possessed a weapon for a defensive purpose is not itself determinative of guilt or innocence under s. 88:

... I disagree with the suggestion that in the light of the fact that the trier of fact accepted the accused's explanation, such acceptance was inconsistent with a finding that the offence had been committed.

I would prefer to put it that *notwithstanding* the explanation given by the accused the trier of fact may find that in all the circumstances of the case the possession was in fact for a purpose dangerous to the public peace. It is not inconsistent, in my view, for a trial Judge to say that he believes the accused when the latter says that from his point of view he had the weapon for defensive purposes, and at the same time to find that, notwithstanding such explanation, the accused in all the circumstances of the case did have the weapon in his possession for a purpose dangerous to the public peace. [Underlining added.]

Thus, it is not enough to find that the accused person possessed the weapon for a defensive purpose; the judge must then determine whether said purpose was in all the circumstances dangerous to the public peace.

These two propositions — that objective factors are relevant to determining subjective purpose and that the dangerousness of a particular purpose is an objective standard — are sometimes conflated. For example, it is unclear in the Alberta Court of Appeal judgment in the present case what significance is to be attributed to Kerr having concealed his weapons. According to the court, the act of concealment “rendered it more likely that there would be a breach of the peace”, but also “evidences the Respondent's choice of reprisal over deterrence” (para. 30). Of course, in a given case, a particular factor may be relevant to the determination of purpose as well as to

l'utilisation effective, peuvent permettre de déduire cette intention : voir également *R. c. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249 (C.A. Ont.).

Dans l'arrêt *Nelson*, précité, la cour a laissé entendre que la détermination de l'intention subjective de l'accusé n'est que le premier volet d'une analyse en deux étapes. Dans un deuxième temps, le juge des faits doit décider si, d'un point de vue objectif, il s'agissait d'un dessein dangereux pour la paix publique. Tel qu'indiqué à la p. 32, le fait qu'un accusé possédait une arme dans un but défensif n'est pas en soi déterminant de sa culpabilité ou de son innocence au regard de l'art. 88 :

[TRADUCTION] [J]e ne puis souscrire à l'affirmation selon laquelle l'acceptation, par le juge des faits, de l'explication fournie par l'accusé empêchait de conclure que l'infraction avait été commise.

Je dirais plutôt que *malgré* l'explication fournie par l'accusé, le juge des faits peut conclure, au vu de toutes les circonstances de l'espèce, que l'accusé avait effectivement l'arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Il n'est pas contradictoire, à mon avis, que le juge du procès affirme croire l'accusé lorsque ce dernier dit que, de son point de vue, il avait l'arme en sa possession dans un but défensif, et qu'il conclue, malgré cette explication, que l'accusé avait dans les circonstances l'arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. [Je souligne.]

Il ne suffit donc pas de conclure que l'accusé avait l'arme en sa possession dans un but défensif; le juge doit ensuite déterminer si le dessein en question était dangereux pour la paix publique eu égard à toutes les circonstances.

Ces deux propositions — les facteurs objectifs sont pertinents pour déterminer l'intention subjective, et le caractère dangereux d'un dessein en particulier est une norme objective — sont parfois confondues. Par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta en l'espèce n'indique pas clairement l'importance qu'il faut accorder au fait que M. Kerr avait dissimulé ses armes. Selon la cour, non seulement la dissimulation avait [TRADUCTION] « accru la possibilité de violation de la paix », mais elle [TRADUCTION] « montrait que M. Kerr avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30). Évidemment, dans un cas donné, un facteur en

the determination of dangerousness; but the analyses of these two questions are conceptually distinct.

32

The plain language of s. 88 strongly supports employment of the objective standard for dangerousness. It is noteworthy, in particular, that the provision reads “for a purpose dangerous to the public peace”, as opposed to, for example, “for the purpose of causing danger to the public peace”. In my view, these two phrases bear very different meanings. The former phrase, “for a purpose dangerous to the public peace”, requires that the purpose, whatever it may be, be dangerous to the public peace. On the other hand, the latter phrase, “for the purpose of causing danger to the public peace”, requires that the purpose specifically be that of causing danger to the public peace. In other words, the former phrase captures any given purpose, so long as that purpose is in consequence dangerous to the public peace; the phrase may as well read “for a purpose that is dangerous to the public peace”. The latter phrase, on the other hand, requires a particular subjective purpose — that of causing danger to the public peace.

33

The conclusion that s. 88 requires application of a hybrid subjective-objective test is further reinforced through consideration of those other specific intent crimes in the *Criminal Code*, all of which clearly require by the terms of the particular provision an ulterior intention to achieve a specific consequence. For example, s. 270(1)(b) of the *Code* makes it an offence to “assaul[t] a person with intent to resist or prevent the lawful arrest or detention of himself or another person”. Thus, the accused must specifically intend to resist or prevent arrest. Similarly, s. 343(a) of the *Code* defines “robbery” as stealing, “and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, us[ing] violence or threats of violence to a person or property”. Once again, the accused must specifically intend to extort or to prevent resistance. Even the provision at issue, s. 88, in addition to establishing the offence in question, establishes the offence of possession “for the purpose of committing an offence”. Here, the accused must specifically intend

particulier peut être pertinent pour déterminer l'intention de même que pour décider de la dangerosité; mais l'analyse correspondant à chacune de ces deux questions est distincte au plan conceptuel.

Le libellé clair de l'art. 88 appuie sans l'ombre d'un doute le recours à la norme objective pour décider de la dangerosité. Il importe de signaler, en particulier, que la disposition emploie l'expression « dans un dessein dangereux pour la paix publique », et non, par exemple, « dans le dessein de compromettre la paix publique ». À mon sens, ces deux formulations ont des portées très différentes. La première, « dans un dessein dangereux pour la paix publique », exige que le dessein, quel qu'il soit, soit dangereux pour la paix publique. La deuxième par contre, « dans le dessein de compromettre la paix publique », exige l'intention précise de compromettre la paix publique. En d'autres termes, la première formulation englobe n'importe quel dessein, pourvu que le résultat de ce dessein soit dangereux pour la paix publique; le libellé pourrait également être le suivant : « dans un dessein qui est dangereux pour la paix publique ». Par contre, la deuxième formulation exige une intention subjective particulière, celle de compromettre la paix publique.

La conclusion que l'art. 88 exige l'application d'un critère à la fois subjectif et objectif est étayée en outre si l'on examine les autres crimes d'intention spécifique prévus au *Code criminel*, lesquels, selon le texte de chacune des dispositions, exigent toutes clairement une intention ultérieure de parvenir à un résultat précis. Par exemple, selon l'al. 270(1)b) du *Code*, commet une infraction quiconque « exerce des voies de fait [. . .] contre une personne dans l'intention de résister à une arrestation ou détention légale, la sienne ou celle d'un autre, ou de les empêcher ». L'accusé doit donc avoir l'intention spécifique de résister à une arrestation ou de l'empêcher. De même, selon l'al. 343a) du *Code*, « vol qualifié » est défini comme tout vol « et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, [l']emplo[i] de la violence ou [de] menaces de violence contre une personne ou des biens ». Là encore, l'accusé doit avoir l'intention spécifique d'extorquer ou d'empêcher la résistance au vol. Même la disposition en cause,

to commit an offence. It is readily apparent that each of these provisions specifically requires the intention to perform a particular action — be it resisting arrest, extorting what is stolen, or committing an offence. Every other specific intent crime provision in the *Criminal Code* reads likewise, and is in this regard conspicuously dissimilar from the provision at issue.

Thus, given the unique nature of the wording of the provision in question, Canadian decisions addressing the *mens rea* requirements of other specific intent crimes are of little assistance. What is helpful, however, is the House of Lords decision in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, where at issue was s. 1(1) of the *Official Secrets Act, 1911*, which provided as follows:

If any person for any purpose prejudicial to the safety or interests of the state — (a) approaches or is in the neighbourhood of, or enters any prohibited place within the meaning of this Act . . . he shall be guilty of felony . . .

The similarity in the wording of this provision to that at issue — “for any purpose prejudicial” versus “for a purpose dangerous” — is readily apparent. On the meaning of the term “purpose”, Lord Devlin stated at p. 155:

I shall begin by considering the word “purpose”, for both sides have relied on this word in different senses. Broadly, the appellants contend that it is to be given a subjective meaning and the Crown an objective one.

I have no doubt that it is subjective. A purpose must exist in the mind. It cannot exist anywhere else. The word can be used to designate either the main object which a man wants or hopes to achieve by the contemplated act, or it can be used to designate those objects which he knows will probably be achieved by the act, whether he wants them or not. I am satisfied that in the criminal law in general, and in this statute in particular, its ordinary sense is the latter one. In the former sense it cannot in practice be distinguished from motive which is normally

l’art. 88, établit, en plus de l’infraction en question, l’infraction de possession « en vue de commettre une infraction ». Dans ce cas, l’accusé doit avoir l’intention spécifique de commettre une infraction. Il est évident que chacune de ces dispositions exige l’intention spécifique d’accomplir un acte précis — que ce soit résister à une arrestation, extorquer une chose volée ou commettre une infraction. Toutes les autres dispositions du *Code criminel* prévoyant un crime d’intention spécifique sont rédigées de la même façon et sont, à cet égard, ostensiblement différentes de la disposition en cause.

Ainsi, vu la singularité de la formulation de la disposition en cause, les décisions canadiennes qui traitent de la *mens rea* requise pour les autres crimes d’intention spécifique ne sont guère utiles. Est utile, cependant, l’arrêt de la Chambre des lords *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, dans lequel était en cause le par. 1(1) de l’*Official Secrets Act, 1911*, dont voici le texte :

[TRADUCTION] Est coupable d’un acte criminel grave quiconque, dans un dessein nuisible à la sécurité ou aux intérêts de l’État — a) s’approche d’un endroit prohibé au sens de la présente loi, se trouve dans son voisinage ou y pénètre . . .

La similarité entre la formulation de cette disposition et celle de la disposition en cause — [TRADUCTION] « dans un dessein nuisible » et « dans un dessein dangereux » — est évidente. Au sujet du sens du mot « dessein » (*purpose*), Lord Devlin s’est exprimé ainsi à la p. 155 :

[TRADUCTION] J’examinerai d’abord le mot « dessein », puisque les deux parties ont invoqué ce mot dans des sens différents. Essentiellement, les appelants prétendent qu’il faut lui donner un sens subjectif et le ministère public, un sens objectif.

Je n’ai aucun doute que son sens doit être subjectif. Un dessein doit exister dans l’esprit. Il ne peut exister ailleurs. Le mot peut servir à désigner soit l’objet principal qu’un homme veut ou espère accomplir par son acte, soit les objets qui, à sa reconnaissance, seront vraisemblablement accomplis par cet acte, qu’il les veuille ou non. Je suis convaincu qu’en droit criminel en général, et dans le contexte précis de la présente loi, ce dernier sens est le sens ordinaire. Dans le premier sens, il ne peut être concrètement distingué du mobile, lequel est habituelle-

irrelevant in criminal law. Its use in that sense would make this statute quite inept. As my noble and learned friend LORD REID pointed out during the argument, a spy could secure an acquittal by satisfying the jury that his purpose was to make money for himself, a purpose not in itself prejudicial to the state, and that he was indifferent to all the other consequences of his acts. Accordingly, all the results which a man appreciates will probably flow from his act are classifiable as "purposes" within the meaning of s. 1: and since the statute refers to "any purpose", the prosecution is entitled to rely on any of them. The next question then is whether the selected purpose is "prejudicial" or not and that question is in my opinion to be answered objectively. [Emphasis added.]

This *mens rea* analysis is precisely that proposed herein: first, the individual's purpose is to be determined subjectively, and second, the dangerousness of the purpose is to be determined objectively (see also *R. v. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44 (Sask. Q.B.)).

ment dénué de pertinence en droit criminel. L'employer en ce sens rendrait la présente loi inepte. Comme l'a fait remarquer mon distingué et savant collègue LORD REID au cours des plaidoiries, un espion pourrait obtenir un acquittement en convainquant le jury que son but était de gagner sa vie, but qui, en soi, ne nuit pas à l'État, sans se soucier des autres conséquences de ses actes. Peut donc être considéré comme un « dessein » au sens de l'art. 1 tout résultat qu'une personne peut vraisemblablement prévoir en conséquence de ses actes : puisque la loi indique « un dessein », la poursuite a le droit de soulever n'importe lequel. Se pose alors la question de savoir si le dessein choisi est « nuisible », et à mon avis, il faut répondre à cette question de façon objective. [Je souligne.]

Cette analyse de la *mens rea* est précisément celle qui est proposée en l'espèce : premièrement, il faut déterminer subjectivement le dessein poursuivi par la personne et, deuxièmement, il faut déterminer objectivement la dangerosité de ce dessein (voir également *R. c. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45 (C. prov. Ont.); *R. c. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44 (B.R. Sask.)).

D'une manière plus générale, j'estime important de signaler que notre Cour a déjà reconnu que la *mens rea* d'une infraction peut comporter à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Ainsi, dans *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu au par. 80 :

Je ne suis pas tout à fait confortable avec la façon dont le professeur Stuart traite d'« une infraction de *mens rea* subjective » semblant indiquer qu'une infraction doit être soit subjective soit objective, sans moyen terme. En fait, la *mens rea* d'une infraction comportera très souvent à la fois un élément objectif et un élément subjectif. C'est ce qu'a reconnu notre Cour à plusieurs reprises . . .

Par exemple, dans *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué au nom de la Cour que pour commettre l'infraction de faire du tapage dans un endroit public, prévue à l'al. 175(1)a du *Code*, une personne doit avoir subjectivement l'intention de commettre l'acte sous-jacent qui entraîne du tapage, et le tapage doit avoir été raisonnablement prévisible dans les circonstances particulières du moment et du lieu.

35

More generally, I think it important to note that this Court has recognized before that the *mens rea* of an offence may be comprised of both subjective and objective elements. Thus, in *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, held at para. 80:

I am somewhat uncomfortable with the way Professor Stuart refers to "an offence of subjective *mens rea*", suggesting that an offence must be either subjective or objective with no possible middle ground. In fact, quite often the *mens rea* of an offence will be comprised of both objective and subjective elements. This has been recognized by this Court on more than one occasion. . . .

For example, in *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, McLachlin J. (as she then was) writing for the Court held that to commit the offence of causing a disturbance in a public place under s. 175(1)(a) of the *Code*, an individual must subjectively intend to cause the underlying act which leads to the disturbance, and the disturbance must be one which may reasonably have been foreseen in the particular circumstances of time and place.

Thus, the difficulty with the *Nelson* judgment, and the cases which follow, is not that it set out a hybrid subjective-objective test for the phrase “for a purpose dangerous to the public peace”, but rather that it did not make absolutely clear what actually constitutes a danger to the public peace. P. Lapointe writes:

[TRANSLATION] The concept of public peace is at the very least imprecise. Since Parliament mentions this notion as well as that of committing an offence, it covers a situation broader than a contravention of the Criminal Code.

(Barreau du Québec, *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine* (2003), c. II, “Les infractions criminelles”, 55, at p. 75)

This paucity in the case law is hardly surprising; there could be no exhaustive test for dangerousness, because of the wide variety of settings and circumstances in which a danger may arise. While I am prepared to accept, as proposed by Binnie J., that “public peace” refers generally to a state of order or to the normal state of society, I am not prepared to hold, as suggested by Binnie J., that violence is always and without exception a danger to the public peace. It is for the trier of fact, on the basis of all relevant factors, to determine whether the purposeful act would have, in the particular facts, endangered the public peace.

What is clear, however, is that actual use of a weapon in a manner which is dangerous to the public peace does not establish that the weapon was possessed for a purpose dangerous to the public peace. Actual use is but one factor to be considered: *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (Ont. C.A.).

In my view, the crucial issue in those cases where the accused person is found to have possessed a weapon for a defensive purpose is whether or not the attack which the accused purported to thwart was avoidable. Thus, only where the attack is completely inescapable is possession of a weapon to thwart the attack not possession for a purpose dangerous to the

Ainsi, la difficulté que posent l’arrêt *Nelson* et les décisions qui l’ont suivi, ne tient pas à ce qu’ils énoncent un critère à la fois subjectif et objectif à l’égard de l’expression « dans un dessein dangereux pour la paix publique », mais plutôt à ce qu’ils n’établissent pas clairement en quoi consiste véritablement le fait de compromettre la paix publique. P. Lapointe a écrit ce qui suit :

Le concept de paix publique est pour le moins imprécis. Puisque le législateur mentionne cette notion en sus de celle de la perpétration d’une infraction, elle vise donc une situation plus large qu’une contravention au Code criminel.

(Barreau du Québec, *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine* (2003), ch. II, « Les infractions criminelles », 55, p. 75)

Cette lacune de la jurisprudence n’est guère étonnante; il ne peut y avoir un critère de dangerosité exhaustif étant donné la grande variété de situations et de circonstances dans lesquelles un danger peut survenir. Je suis disposé à admettre, comme le propose le juge Binnie, que la « paix publique » renvoie généralement à l’ordre ou à l’état normal qui règne dans une société, mais je ne suis pas disposé à conclure, comme il le propose, que la violence présente toujours, sans exception, un danger pour la paix publique. Il appartient au juge des faits de décider, à partir de tous les facteurs pertinents, si l’acte délictueux aurait dans ce cas en particulier mis en danger la paix publique.

Il est clair cependant que l’utilisation effective d’une arme d’une manière dangereuse pour la paix publique n’établit pas que la possession de l’arme visait un dessein dangereux pour la paix publique. L’utilisation effective n’est que l’un des facteurs à considérer : *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Ont.).

À mon avis, dans les affaires où l’on a conclu que l’accusé possédait une arme pour se défendre, la question cruciale est de savoir si l’attaque que celui-ci projetait de faire échouer pouvait être évitée. Ainsi, ce n’est que lorsque l’attaque est absolument inéluctable que la possession d’une arme dans le but de faire échouer une attaque n’est pas

public peace. To the contrary, the purposeful act then constitutes an abatement of a danger to the public peace, namely, an attack on one's self. Many indicia will be relevant to the determination of avoidability, including, *inter alia*: location, atmosphere, nature of the threat, imminence of the danger, and actual use.

39

The question arises as to the relevance of a finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence. Thus, in *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68, the British Columbia Court of Appeal held, at p. 71:

In my view, one does not commit the offence with which we are concerned if one carries a weapon for self-defence that is an appropriate instrument with which to repel, in a lawful manner, the type of attack reasonably apprehended and if the person carrying it is competent to handle the weapon and is likely to use it responsibly. In the absence of other circumstances, such as conduct calculated to provoke an attack, the purpose is unlikely to be dangerous to the public peace. That an attacker might be repelled forcefully, and even injured, is not a danger that the section refers to. In that case the attack, not the response to it, breaches the public peace. [Emphasis added.]

Insofar as the B.C. Court of Appeal was referring, by the use of the phrase "in a lawful manner", to justifiable self-defence, Jessup J.A., dissenting in *Nelson, supra*, seemed to agree (at p. 36):

Having a weapon for the sole purpose of abating a breach of the peace threatened to result from an attack on the possessor is not, in my opinion, a purpose dangerous to the public peace. Self-defence, justifiable under the Code, is not confined to tooth and nail. [Emphasis added.]

40

In my view, a finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence is relevant under s. 88, but not sufficient for an acquittal thereunder. Under s. 34(2) of the *Code*, a person is justified in causing death or grievous bodily harm in repelling an unlawful assault if (a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, and (b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot

une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Au contraire, l'acte délibéré constitue alors un moyen d'écartier le danger pour la paix publique, savoir l'attaque dirigée contre l'accusé. Nombre d'indices seront pris en compte pour déterminer si l'attaque peut être évitée, y compris le lieu, l'ambiance, la nature de la menace, l'imminence du danger et l'utilisation effective de l'arme.

Se pose alors la question de la pertinence d'une conclusion selon laquelle l'accusé a effectivement utilisé son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense. Ainsi, dans *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68, p. 71, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué ainsi :

[TRADUCTION] À mon avis, ne commet pas l'infraction considérée celui qui, dans le but de se défendre, porte une arme lui permettant de repousser, d'une manière licite, le type d'attaque raisonnablement appréhendée, s'il est apte à s'en servir et susceptible de l'utiliser d'une manière responsable. À défaut d'autres circonstances, tel un acte délibéré pour provoquer une attaque, il est peu probable que le dessein soit dangereux pour la paix publique. Le danger auquel renvoie la disposition ne vise pas le fait qu'un agresseur puisse être repoussé violemment, voire blessé. Dans ce cas, c'est l'attaque, et non la réaction à celle-ci, qui viole la paix publique. [Je souligne.]

Dans la mesure où, en employant l'expression « d'une manière licite », la Cour d'appel de la Colombie-Britannique renvoie à la légitime défense, le juge Jessup, dissident dans *Nelson*, précité, paraît être du même avis (p. 36) :

[TRADUCTION] Avoir une arme en sa possession dans le seul but de mettre fin à une violation de la paix pouvant résulter d'une attaque dirigée contre soi ne constitue pas selon moi un dessein dangereux pour la paix publique. La légitime défense qu'autorise le Code ne se limite pas à une résistance à mains nues. [Je souligne.]

À mon avis, une conclusion selon laquelle l'accusé s'est effectivement servi de son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense est pertinente eu égard à l'art. 88 mais n'est pas suffisante pour justifier un acquittement. Selon le par. 34(2) du *Code*, quiconque cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant une attaque illégale est justifié si : a) il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou

otherwise preserve himself. A conclusion that a person acted in self-defence under s. 34(2) is thus relevant under s. 88 insofar as it may reveal both whether or not the accused person's subjective purpose was truly to defend himself, meaning that he intended no more than to use the weapon to thwart the attack, and whether or not in the circumstances the attack was escapable. However, it must be made clear that whereas under self-defence, at issue is the accused person's conduct, at issue under s. 88 is the accused person's purpose. The accused may or may not have purported to use the weapon in the manner it was actually used, i.e., for a purely defensive purpose. Moreover, whereas under self-defence we are concerned with the reasonableness of the accused person's beliefs, under s. 88 we are concerned with the actual objective circumstances. Thus, a belief that one cannot otherwise preserve himself may be reasonable, and yet in the circumstances simply wrong.

Having set out what I understand to be the applicable principles, I feel it necessary to express some concerns with the approach adopted by LeBel J. LeBel J. holds that the provision at issue mandates the importation of subjective *mens rea*, firstly because this Court is not "to enlarge the scope of criminal liability under s. 88(1) beyond what the words of the offence will reasonably and properly bear" (para. 78), and secondly because, in his view, much of the case law adopts a subjective approach to the mental element of the offence. With respect, I believe that LeBel J. is mistaken in both respects. First, the words of the provision, as discussed above, suggest most clearly the application of a hybrid subjective-objective test. In fact, I find it somewhat bewildering to hold that the wording of the phrase "possession for a purpose dangerous to the public peace" more closely attunes with the notion of an intention to cause harm to persons or property, as suggested by LeBel J., than with the notion of a purpose which, in all the circumstances, is dangerous to the public peace. Second, the jurisprudence, by my reading, hardly adopts a subjective approach; at

quelque lésion corporelle grave et, b) il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à de telles conséquences. La conclusion qu'une personne a agi en légitime défense, conformément au par. 34(2), est donc pertinente eu égard à l'art. 88 dans la mesure où elle peut indiquer si l'intention subjective de l'accusé était vraiment de se défendre, c'est-à-dire qu'il n'avait d'autre intention que celle de faire échouer l'attaque, et s'il lui était possible de se soustraire à l'attaque dans les circonstances. Toutefois, il faut indiquer clairement que relativement à la légitime défense, c'est la conduite de l'accusé qui est examinée, alors qu'à l'égard de l'art. 88, c'est le dessein. L'accusé peut avoir ou non projeté d'utiliser son arme comme il l'a fait, c'est-à-dire dans un but purement défensif. En outre, relativement à la légitime défense, il faut s'attarder au caractère raisonnable des croyances de l'accusé, alors qu'à l'égard de l'art. 88, ce sont les circonstances objectives précises qui nous intéressent. Ainsi, il peut être raisonnable pour une personne de croire qu'elle n'a d'autre moyen de se protéger, et pourtant, dans les circonstances, cette croyance peut être tout simplement erronée.

Ayant énoncé ce que je considère être les principes applicables, j'estime nécessaire d'exprimer certaines préoccupations à l'égard de l'approche retenue par le juge LeBel. Selon lui, la disposition en cause exige que l'on importe la *mens rea* subjective, premièrement parce qu'il n'appartient pas à notre Cour d'« élargir l'étendue de la responsabilité criminelle du par. 88(1) au-delà de la portée raisonnable et appropriée des mots utilisés pour décrire l'infraction » (par. 78) et deuxièmement parce que, à son avis, la jurisprudence prépondérante fait une analyse subjective de l'élément moral de l'infraction. Avec égards, j'estime que le juge LeBel a tort sur ces deux points. Premièrement, le texte de la disposition, comme je l'indique précédemment, tend très clairement à privilégier l'application d'un critère à la fois subjectif et objectif. En fait, la conclusion du juge LeBel me laisse quelque peu perplexe lorsqu'il affirme que les mots de l'expression « possession dans un dessein dangereux pour la paix publique » tiennent davantage de la notion d'intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels que de la notion

best, some cases are ambiguous. LeBel J. has provided excerpts from a host of cases, all of which state in one form or another that the critical question at bar in an analysis under s. 88 is the intent of the accused, but none of which specify that such intent is alone dispositive. For example, in *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, the British Columbia Court of Appeal held that “the crucial question [is] whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the appellant had the intention of using the rifle for a purpose dangerous to the public peace” (p. 220). I cannot understand how LeBel J. reads this extract otherwise than as simply begging the question.

d’un dessein qui, eu égard à l’ensemble des circonstances, est dangereux pour la paix publique. Deuxièmement, selon mon interprétation, on peut difficilement qualifier de subjective l’approche adoptée par la jurisprudence; tout au plus, certaines décisions sont-elles ambiguës. Le juge LeBel a cité des passages d’un grand nombre de décisions qui affirment toutes sous une forme ou une autre que l’intention de l’accusé est la question cruciale à trancher dans une analyse fondée sur l’art. 88, mais aucune de ces décisions ne précise que cette intention est à elle seule déterminante. Par exemple, dans *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que [TRADUCTION] « la question cruciale [est] de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’appelant avait l’intention d’utiliser la carabine dans un dessein dangereux pour la paix publique » (p. 220). Je ne vois pas comment le juge LeBel peut interpréter cet extrait autrement que comme un simple énoncé de la question à trancher.

42

More important than statutory construction, however, are the practical implications of adopting the subjective test defined by LeBel J. LeBel J. argues that s. 88(1) targets those who possess with the intention of doing harm to persons or property, or showing a reckless disregard for harm to persons or property. The difficulty is that the provision, understood in this way, simply would not capture the individual who carries a weapon regularly due to a generalized fear of attack, either because he lives in a dangerous neighbourhood or because he is simply overcautious or paranoid. By LeBel J.’s definition, this individual only commits the offence at issue on the day and at the time when his specific intent to cause harm crystallizes, likely because an attack on his person will have become imminent or even will have already begun. Before this particular point in time, the individual does not intend to cause harm to any particular person; he intends only to prepare himself for a potentiality. Even broadening the *mens rea* element to encapsulate recklessness, as suggested by LeBel J., will not, in my respectful view, sufficiently enlarge the scope of the offence so as to capture these individuals. It could be argued that concealing a knife in

Plus importantes que l’interprétation législative, toutefois, sont les conséquences pratiques qui découlent de l’adoption du critère subjectif décrit par le juge LeBel. Selon lui, le par. 88(1) vise les personnes qui possèdent une arme dans l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou qui ne se soucient pas de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels. La difficulté est que la disposition, interprétée de cette manière, ne s’appliquerait tout simplement pas à la personne qui porte habituellement une arme parce qu’elle craint constamment d’être attaquée, soit parce qu’elle habite dans un quartier dangereux ou simplement parce qu’elle fait preuve d’une prudence exagérée ou parce qu’elle est paranoïaque. Selon la définition que propose le juge LeBel, cette personne ne commet l’infraction visée qu’au moment précis où son intention spécifique de causer un préjudice se matérialise, vraisemblablement parce que l’attaque dont elle est la cible sera devenue imminente ou même qu’elle aura déjà commencé à se produire. Avant ce moment précis, la personne n’a pas l’intention de causer un préjudice à qui que ce soit; elle a uniquement l’intention de se préparer à l’éventualité. À mon humble

one's pant pocket, for example, does not in itself constitute a reckless disregard for harm to persons, since only if the knife is taken from the pocket and placed in hand does there arise the risk that a person will be harmed.

Finally, in my view, LeBel J.'s application of the defence of necessity to the "self-defence" cases is conceptually problematic. As the second requirement for necessity, the act must be unavoidable. The difficulty is that the crucial element under s. 88, as pointed out by LeBel J., is the accused person's purpose for possession, and not the act of possession itself. Thus, if we ask whether the person's possession alone was unavoidable, we are asking whether the defence applies before even concluding that the offence was committed. Moreover, under the third branch of the necessity test, the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided. LeBel J. views the harm inflicted in the context of s. 88(1) to be the breach of s. 88(1). With respect, I do not understand how a dangerous purpose can ever constitute a harm inflicted, let alone one that is greater than some harm sought to be avoided.

Before applying the proper principles to the present case, I note that the Court of Appeal erred in holding that "the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*" (para. 30). Although concealment is the determinative factor under s. 90, it is but one relevant factor under s. 88. The Court of Appeal effectively substituted the requirement that the purpose be dangerous with the requirement that the purpose be unlawful.

Furthermore, I find no justification for the Court of Appeal's affirmation that "[t]he act of

avis, même l'élargissement de la *mens rea* de l'infraction au point d'y inclure l'insouciance, comme le propose le juge LeBel, n'élargira pas suffisamment la portée de l'infraction de manière à viser ces personnes. On pourrait soutenir que le fait de dissimuler un couteau dans une poche de pantalon, par exemple, ne témoigne pas en soi d'une insouciance quant aux blessures susceptibles d'être infligées, étant donné que ce n'est que si la personne prend le couteau de sa poche et le tient dans sa main que surgit le risque de blessures à autrui.

Enfin, j'estime que la manière dont le juge LeBel applique la défense de nécessité aux cas de « légitime défense » fait problème sur le plan conceptuel. Selon la deuxième exigence relative à la nécessité, l'acte doit être inévitable. La difficulté tient à ce que l'élément crucial à l'égard de l'art. 88, comme le souligne le juge LeBel, est la raison pour laquelle l'accusé possède une arme, et non la possession en soi. Ainsi, en examinant si la possession seulement était inévitable, on examine si le moyen de défense s'applique avant même de conclure qu'une infraction a été commise. En outre, selon le troisième volet du critère de la nécessité, le préjudice infligé doit être moindre que le préjudice auquel on cherche à se soustraire. Selon le juge LeBel, dans le contexte du par. 88(1), le préjudice infligé est la violation du par. 88(1). En toute déférence, je ne vois pas comment un dessein dangereux pourrait constituer un préjudice, encore moins un préjudice plus grand que celui auquel on cherche à se soustraire.

Avant d'appliquer les principes qui s'imposent aux faits de l'espèce, je signale que la Cour d'appel a conclu à tort que [TRADUCTION] « le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel* » (par. 30). Quoique la dissimulation soit le facteur déterminant pour le besoin de l'art. 90, ce n'est qu'un facteur pertinent au regard de l'art. 88. La Cour d'appel a de fait remplacé l'exigence que le dessein soit dangereux par l'exigence qu'il soit illicite.

En outre, rien à mon avis ne justifiait la Cour d'appel d'affirmer que [TRADUCTION] « [l]a

43

44

45

concealment rendered it more likely that there would be a breach of the peace” (para. 30). In effect, I find this reasoning to be rather counter-intuitive. The Court of Appeal also held that concealment “contributed to an already dangerous situation of which the Respondent was fully aware” and “evidences the Respondent’s choice of reprisal over deterrence” (para. 30 (emphasis added)). With respect, these are findings of fact which are not consistent with those of the trial judge and which appear to be unsupported by the evidence. To the contrary, the evidence reveals that Kerr possessed the weapons for a purely defensive purpose; concealment was an obvious choice in the penitentiary setting.

C. *Application to the Present Case*

46

The Edmonton Institution was a dangerous place; it provided a volatile environment in which most inmates possessed homemade weapons and violence amongst inmates was commonplace. The Indian Posse gang, of which the deceased was a member, essentially controlled the penitentiary through intimidation and assault. The day before the altercation in question, both the deceased and another member of the Indian Posse issued threats against Kerr — the former telling Kerr that guards would find Kerr with his head smashed in, and the latter telling Kerr that Kerr should not be around the next day.

47

The following morning, Kerr, anticipating an attack, retrieved two weapons which he had hidden under a sink — a metal knife and an ice pick. The deceased arrived in the servery in the company of five people, four of whom were known by Kerr to be members of the Indian Posse. Kerr knew that members of the Indian Posse did not necessarily fight alone. The door to the servery was then closed.

48

The ensuing altercation between Kerr and Garon was extremely brutish, each party stabbing wildly at the other. Ultimately, Garon was killed by a stab to the head.

dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix » (par. 30). En fait, ce raisonnement me paraît plutôt contre-intuitif. La Cour d’appel a également conclu que la dissimulation avait [TRADUCTION] « contribué à une situation déjà périlleuse et dont l’intimé avait pleinement conscience » et qu’elle [TRADUCTION] « montrait que l’intimé avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30 (je souligne)). Avec déférence, il s’agit là de conclusions de fait qui ne sont pas compatibles avec celles du juge du procès et qui ne paraissent pas étayées par la preuve. Au contraire, la preuve révèle que M. Kerr avait les armes en sa possession dans un but purement défensif; la dissimulation allait de soi dans le contexte pénitencier.

C. *Application à l’espèce*

L’établissement d’Edmonton était un endroit dangereux; la situation y était explosive, la plupart des détenus possédaient des armes de fabrication artisanale et la violence y était monnaie courante. Le gang Indian Posse, dont la victime faisait partie, s’était rendu maître du pénitencier par l’intimidation et l’agression. La veille de l’affrontement en question, la victime et un autre membre du gang Indian Posse avaient proféré des menaces à l’endroit de M. Kerr — le premier lui disant que les gardiens le trouveraient la tête fracassée et le second, qu’il avait intérêt à ne pas se trouver dans les environs le lendemain.

Le lendemain matin, anticipant une attaque, M. Kerr a récupéré deux armes qu’il avait cachées sous un évier — un couteau en métal et un pic à glace. La victime s’est présentée à la salle à manger en compagnie de cinq acolytes. M. Kerr savait que quatre d’entre eux étaient membres du gang Indian Posse. Il savait aussi que les membres du gang ne se battaient pas nécessairement seuls. La porte de la salle à manger a ensuite été fermée.

L’affrontement entre MM. Kerr et Garon a été d’une extrême brutalité, chacun poignardant l’autre sauvagement. Finalement, M. Garon a été tué d’un coup de couteau à la tête.

It is particularly relevant for the present analysis that, as revealed by the indictment, Kerr is said to have committed the offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace on the same date as occurred the altercation with the deceased. The trial judge found that Kerr possessed weapons regularly. But for the purposes of this case, we are concerned with possession in the context of the accusation of murder, on the specific occasion of the altercation with the deceased.

Binnie J. points out that the trial judge found that on the day in question, Kerr possessed his weapons “in part of his usual practice and part preparation for possible defence against aggression” (para. 58 (emphasis deleted)). According to Binnie J., this usual practice reveals a more general purpose on the part of Kerr to use his weapon in the violent resolution of disputes within the prison population, and this purpose justifies a conviction under s. 88.

With respect, I cannot agree, and this for two reasons. First, while the trial judge found that Kerr’s possession was part of his usual practice, he made no findings as to the purpose underlying this usual practice. It is speculation to suggest that Kerr’s purpose was to use the weapon to resolve with violence any dispute that may arise, as opposed to, for example, to use the weapon only to thwart an attack on his person. Second, if the purpose underlying Kerr’s usual practice was strictly to repel whatever attack he may encounter, then this general purpose conflated with the specific purpose on the day in question. Human motivation is not compartmentalized such that every purpose exists independently of all others, each discretely contributing to human action. A specific defensive purpose to thwart a specific attack surely cannot be segregated in the human mind from a general defensive purpose to thwart any attack. That said, if Kerr were charged with having committed the offence on any other day, the result may very well have been different, either because his purpose on that day would not necessarily be strictly to repel

Pour les besoins de la présente analyse, il est particulièrement significatif, comme l’indique l’acte d’accusation, que M. Kerr aurait commis l’infraction de possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique le jour même de l’affrontement avec la victime. Le juge du procès a conclu que M. Kerr avait souvent des armes en sa possession. Or, pour les besoins de l’espèce, nous sommes appelés à statuer sur la possession dans le contexte de l’accusation d’un meurtre survenu précisément lors de l’affrontement avec la victime.

Le juge Binnie signale que le juge du procès a conclu que ce jour-là, M. Kerr avait en sa possession des armes « en partie parce que c’était sa pratique habituelle, et en partie en vue de se défendre contre une attaque » (par. 58 (soulignement supprimé)). Selon le juge Binnie, cette pratique habituelle révèle une intention plus générale de M. Kerr d’utiliser son arme pour résoudre par la violence des différends susceptibles de survenir parmi les détenus, et cette intention justifie une déclaration de culpabilité au regard de l’art. 88.

En toute déférence, je ne peux souscrire à cette opinion et cela, pour deux raisons. Premièrement, bien que le juge du procès ait conclu que M. Kerr avait l’habitude d’avoir une arme en sa possession, il n’a tiré aucune conclusion à l’égard du dessein sous-jacent à cette habitude. C’est pure conjecture de dire que M. Kerr avait l’intention d’utiliser son arme pour résoudre par la violence tout différend susceptible de survenir plutôt que de s’en servir uniquement, par exemple, pour faire échouer une attaque contre sa personne. Deuxièmement, si l’intention à la base de la pratique habituelle de M. Kerr était strictement de repousser toute attaque le visant, alors il y avait confusion entre cette intention générale et son intention spécifique ce jour-là. La motivation de l’être humain n’est pas compartimentée de telle sorte qu’un dessein existe indépendamment de tous les autres, chacun contribuant séparément à l’agissement humain. Un but défensif précis de faire échouer une attaque précise ne peut sûrement pas être isolé, dans l’esprit humain, du but défensif général de faire échouer toute attaque. Cela dit, si M. Kerr avait été accusé

49

50

51

an assault on his person, or because even if his purpose was such, the assault which is anticipated would not necessarily be unavoidable.

d'avoir commis l'infraction un autre jour, le résultat aurait fort bien pu être différent, soit parce que son dessein ce jour-là n'aurait pas nécessairement été de strictement repousser une attaque contre sa personne, soit parce que même si tel avait été son dessein, l'attaque anticipée n'aurait pas nécessairement été inévitable.

52

In my view, on this specific occasion, Kerr did not possess his weapons for a purpose dangerous to the public peace. I agree with the trial judge's finding that Kerr possessed his weapons on the day in question for the purpose of defending himself against an imminent attack by specific individuals. I find that his purpose was not, in all the circumstances, dangerous to the public peace, since the attack was clearly unavoidable. Kerr was subject to credible threats of an imminent assault, in an environment from which there was simply no possibility to escape and in which, as found by the trial judge, it was futile to seek protection. It is also particularly relevant that the trial judge specifically found that Kerr's actual use of the weapon constituted justifiable self-defence.

À mon avis, à cette occasion précise, M. Kerr n'avait pas les armes en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Je suis d'accord avec le juge du procès qui a conclu que le jour en question, M. Kerr était armé dans le but de se défendre face à une attaque imminente de la part de certaines personnes. J'estime que dans les circonstances, ce dessein n'était pas dangereux pour la paix publique puisque l'attaque était manifestement inévitable. M. Kerr a reçu des menaces crédibles d'une attaque imminente, dans un milieu qui ne lui permettait aucunement d'y échapper et où, comme l'a conclu le juge du procès, il lui était futile de demander une protection. La conclusion du juge du procès selon laquelle l'utilisation effective de l'arme par M. Kerr était un acte de légitime défense revêt aussi une importance particulière.

53

One might ask what the difference is between possession of a concealed weapon on a daily basis to defend oneself, if need be, specially in a dangerous place, and possession to deal with an imminent threat. I think that in the first scenario the purpose is inconsistent with the duty to avoid violent confrontation by escaping, asking for police protection or even negotiating. It reflects a willingness to engage in physical conflict, if confronted, with a weapon. This purpose is contrary to public peace. On the other hand, possession in a particular situation, on a particular day, to meet an immediate threat to one's life with no real opportunity of avoiding it is a purpose that is not a threat to public peace as such.

On peut se demander ce qui distingue le port quotidien d'une arme dissimulée pour se défendre au besoin, spécialement dans un endroit dangereux, et le port d'une arme pour repousser une attaque imminente. Je crois que, dans le premier cas, le dessein est incompatible avec l'obligation d'éviter un affrontement violent en prenant la fuite, en demandant la protection de la police, voire en négociant. Dans ce cas, l'intéressé manifeste l'intention de se battre avec une arme s'il est défié. Ce dessein va à l'encontre de la paix publique. Par contre, la possession d'une arme dans une situation donnée, un jour en particulier, pour faire face à un danger de mort immédiat auquel il n'est pas vraiment possible d'échapper, ne constitue pas une menace pour la paix publique comme telle.

54

The conclusion that Kerr is not guilty on the charge at issue is certainly not to suggest that his possession was completely legal. Kerr would likely have been convicted if charged under s. 90 of the

Conclure que M. Kerr n'est pas coupable de l'infraction en cause ne signifie certainement pas qu'il possédait des armes en toute légalité. M. Kerr aurait probablement été déclaré coupable s'il avait

offence of possession of a concealed weapon. Moreover, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, contains provisions prohibiting the possession of contraband. This case is concerned squarely with the legality of Kerr's possession with respect to a particular offence.

Before concluding, I wish to reemphasize that, as discussed above, a "purpose" under s. 88 is any result which the person knows will probably flow from his actions. Thus, a defensive purpose will not mandate an acquittal, even where the assault anticipated is unavoidable, if that purpose is coupled with a second purpose which the person knows will probably result from his possession and which in fact is a danger to the public peace. For example, a person's possession may, to the person's knowledge, likely result in mass panic or in a public brawl. This issue, however, does not arise on the present facts and should be left for another day.

In closing, it is crucial to note again that a subjective defensive purpose is not alone sufficient to establish a valid defence to a s. 88 accusation. Further, a general atmosphere of violence or a simple fear of an attack do not alone justify the possession of weapons, whether in a penitentiary or elsewhere. It is worth, in this regard, repeating here the conclusion of this Court in *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at pp. 214-15, regarding concealed weapons:

All Canadians have the right to feel protected from the sinister menace of a concealed weapon. If it was ever thought that it was lawful to carry concealed weapons more and more Canadians might come to believe it would be prudent for them to carry concealed weapons in order to defend themselves and their families. This might lead to a vigilante attitude that could all too readily result in an increase in violence in Canadian society.

In this case, the result is mandated only by the fact that the accusation is made in respect of a particular incident, following credible threats of an imminent

été accusé de l'infraction de port d'arme dissimulée prévue à l'art. 90. Qui plus est, des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, sanctionnent la possession d'objets interdits. Le présent pourvoi porte strictement sur la légalité de la possession par M. Kerr à l'égard d'une infraction précise.

Avant de conclure, je tiens à souligner de nouveau que, comme je l'indique précédemment, un « dessein » visé à l'art. 88 consiste en tout résultat qu'une personne peut vraisemblablement prévoir en conséquence de ses actes. Ainsi, un but défensif ne commandera pas un acquittement, même lorsque l'attaque anticipée est inévitable, si ce dessein est jumelé à un deuxième dessein dont la personne pourra vraisemblablement prévoir le résultat en conséquence de sa possession et qui constitue en fait un danger pour la paix publique. Par exemple, une personne peut vraisemblablement prévoir que le fait d'avoir une arme en sa possession peut donner lieu à un mouvement de panique ou à une bagarre générale. Cette question, toutefois, ne se pose pas en l'espèce et peut être réservée pour une autre occasion.

En terminant, il est crucial de rappeler qu'une intention subjective de se défendre ne suffit pas à elle seule à établir une défense valable à une accusation fondée sur l'art. 88. En outre, un climat général de violence ou une simple crainte d'une attaque ne justifie pas en soi la possession d'armes, ni dans un pénitencier ni ailleurs. Il convient à cet égard de répéter la conclusion tirée par notre Cour dans *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, p. 214-215, au sujet des armes dissimulées :

Tous les Canadiens ont le droit de se sentir protégés contre la menace sinistre que présente une arme dissimulée. Si on venait à considérer qu'il est légal de transporter des armes dissimulées, de plus en plus de Canadiens pourraient croire qu'il est prudent de les porter pour se défendre, eux et leur famille. On pourrait alors voir naître une attitude d'auto-défense qui risquerait fort d'entraîner une escalade de la violence au sein de la société canadienne.

En l'espèce, le résultat est dicté uniquement par le fait que l'accusation a été portée en relation avec un incident en particulier survenu à la suite de menaces

danger, and where the danger simply could not be avoided.

VII. Conclusion

57

For the foregoing reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

The following are the reasons delivered by

58

BINNIE J. (dissenting) — I have read the majority reasons of my colleagues Bastarache, LeBel and Fish JJ. My point of disagreement with them, and therefore with their proposed disposition of the appeal, rests on the stubborn fact the trial judge found that the appellant had not a single purpose but a *double* purpose for carrying his knife on the day in question, January 16, 2000. I repeat for convenience what the trial judge actually said:

... there is no doubt that Mr. Kerr possessed weapons. He possessed them regularly, and on the occasion of January 16th, his possession appears to have been in part part of his usual practice and part preparation for possible defence against aggression. [Emphasis added.]

The appellant's apprehension of a fight with Joseph Garon on January 16 provided *one* purpose, but this has to be seen in the context of the appellant's more general "purpose" of carrying his weapon on this as on every other morning of his prison life, subjectively contemplating the use of the "shank" in the violent resolution of disputes within the prison population. The charge relates only to January 16, 2000. But in determining his purpose *on that day* it is relevant to take into consideration his general *modus operandi* as part of the factual context: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), at p. 32; *R. v. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576 (B.C.C.A.), at p. 583. In my view, this broader context demonstrates "a" prohibited purpose within s. 88 of the *Criminal Code*. This appeal therefore raises a more general

crédibles faisant naître un danger imminent qui ne pouvait simplement pas être évité.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé relativement à l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai lu les motifs de la majorité rédigés par mes collègues les juges Bastarache, LeBel et Fish. Le point sur lequel je ne suis pas d'accord avec eux, et qui m'amène par conséquent à rejeter la solution qu'ils proposent dans ce pourvoi, tient au fait indiscutable, relevé par le juge du procès, que l'appellant n'avait pas un seul dessein, mais *deux* desseins, pour porter son couteau le jour en question, le 16 janvier 2000. Pour des raisons de commodité, je répète ce qu'a dit le juge du procès :

[TRADUCTION] ... il ne fait aucun doute que M. Kerr était en possession d'armes. Il les avait régulièrement en sa possession et, le 16 janvier, il avait semble-t-il des armes en sa possession en partie parce que c'était sa pratique habituelle, et en partie en vue de pouvoir se défendre contre une attaque. [Je souligne.]

L'apprehension par l'appelant d'un combat contre Joseph Garon le 16 janvier fournissait *un* dessein, mais il faut envisager le contexte plus général du « dessein » de l'appelant de porter son arme comme tous les autres matins de sa vie de détenu, parce qu'il envisageait subjectivement d'utiliser l'« arme de fabrication artisanale » pour résoudre par la violence des différends avec des codétenus. L'accusation ne vise que le 16 janvier 2000. Mais il convient, pour déterminer le dessein de l'appelant *cette* journée-là, de prendre en considération son *modus operandi* en général compte tenu du contexte factuel : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), p. 32; *R. c. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576 (C.A.C.-B.), p. 583. À mon avis, ce contexte plus général démontre l'existence d'« un »

question about the lawfulness of prisoners carrying weapons inside a maximum security institution.

The evidence shows that in January 2000 the guards at the Edmonton Institution had, to a significant extent, lost control over the inmates, who had gathered themselves into warring gangs. The dominant gang was called the Indian Posse, which had about 30 known members in the Edmonton Institution at the time, not all of them being of aboriginal descent. Other gangs included a small white supremacist group, the White Aryan Resistance, various offshoots of the Indian Posse (e.g., the Native Syndicate, Manitoba Warriors, Saskatchewan Warriors, Alberta Warriors) and a small group called Death Do Us Part whose members had graduated into serious criminal activity from youth detention centres. There was a hierarchy amongst the gangs and differences were settled violently either by prearranged fist fights or fights with weapons. Following the killing at issue in this case, a guard was employed as a search coordinator and in the course of a year found over 200 handmade knives (or “shanks”) amongst the inmate population. Prison fights were often precipitated by one inmate showing disrespect to another, which in prison jargon was called “punking-off”. Under the code of “honour” observed by the prisoners, failure to retaliate for a “punking-off” would result in a loss of face.

Living in such a violent environment, the appellant took care to arm himself. He always carried a “shank” during the day, and occasionally kept it with him in his cell at night. More often, he concealed his weapon at night under the sink in the kitchen where he worked as a cleaner. He testified as follows:

Q All right. And tell me, how long had you had those knives under the sink?

dessein interdit au sens de l’art. 88 du *Code criminel*. Le présent pourvoi soulève donc une question plus générale au sujet de la légalité du port d’armes par des prisonniers dans un établissement à sécurité maximale.

La preuve révèle qu’en janvier 2000, les gardiens de l’établissement d’Edmonton avaient dans une large mesure perdu le contrôle des détenus, qui s’étaient regroupés en gangs rivaux. Le gang dominant s’appelait Indian Posse et comptait alors dans l’établissement d’Edmonton environ 30 membres connus, lesquels n’étaient pas tous de descendance autochtone. Les autres gangs comprenaient un petit groupe prônant la suprémacie des blancs, le White Aryan Resistance, diverses branches du gang Indian Posse (p. ex. Native Syndicate, Manitoba Warriors, Saskatchewan Warriors, Alberta Warriors) et un petit groupe appelé Death Do Us Part dont les membres avaient plongé dans la grande criminalité au sortir de centres de détention pour jeunes. Hiérarchisés, les gangs réglaient leurs différends par la violence en organisant soit des bagarres à coups de poing, soit des bagarres armées. À la suite du meurtre dont il est question en l’espèce, un gardien a été chargé de coordonner des fouilles dans l’établissement et en un an, on a trouvé plus de 200 couteaux de fabrication artisanale parmi la population de l’établissement. Il n’était pas rare qu’une bagarre soit déclenchée lorsqu’un détenu manquait de respect à un codétenu ou, dans le jargon de la prison, le ridiculisait. Selon le code de « l’honneur » observé par les prisonniers, ne pas réagir après avoir été ridiculisé équivalait à perdre la face.

Dans cet environnement de violence, l’appelant a pris soin de s’armer. Le jour, il portait toujours un couteau de fabrication artisanale, qu’il gardait à l’occasion dans sa cellule la nuit. Plus souvent, il dissimulait son arme la nuit sous l’évier de la cuisine où il travaillait en tant que préposé au nettoyage. Il a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q D’accord. Et dites-moi, depuis quand aviez-vous ces couteaux sous l’évier?

59

60

A I put them there every night.

R Je les mets là chaque soir.

Q Every night?

Q Chaque soir?

A Yeah.

R Ouais.

Q So just as you – every morning you get up, go down, set up the dining room. As part of that regime, when you're finished doing that, you go and arm yourself, correct?

Q Alors dès que vous – chaque matin, vous vous levez, vous descendez et vous préparez la salle à manger. Quand vous avez fini cela, il fait partie de votre routine de vous armer, exact?

A Yes.

R Oui.

Q All right. And you carry either one knife or two knives depending upon the outlook for the day?

Q D'accord. Et vous portez un ou deux couteaux selon la façon dont vous envisagez la journée?

A I usually – well, I have two for about ten minutes every day until I give my friend his.

R Habituellement, je – en fait, j'en ai deux pendant environ dix minutes chaque jour, jusqu'à ce que je donne le sien à mon ami.

Q Your friend meaning [Mihaly] Illes, right?

Q Votre ami, vous voulez dire [Mihaly] Illes, n'est-ce pas?

A Yes.

R Oui.

Q And Mr. Illes, that was his shall we call it the ice pick?

Q Et M. Illes, c'était le sien, pouvons-nous l'appeler le pic à glace?

A If you want.

R Si vous voulez.

. . . .

. . . .

Q All right. And the other object, the other knife you say was made out of some, a kitchen spoon by yourself?

Q D'accord. Et l'autre objet, l'autre couteau, vous dites l'avoir fabriqué vous-même à partir d'une cuillère de cuisine?

A Yes.

R Oui.

Q And you would also carry that around with you every single day of your time there?

Q Et vous le portiez aussi sur vous tous les jours que vous avez passé là?

A Yes.

R Oui.

Q All right. And so in the morning you arm yourself and in the evening you put it away?

Q D'accord. Et donc, le matin vous vous armez et le soir, vous le rangez?

A Yes.

R Oui.

Q Do you carry it with you to your cell sometimes?

Q Le portez-vous parfois dans votre cellule?

A Yes.

R Oui.

Q All right. So it would be fair to say that you, sir, are ready for any possibility?

Q D'accord. Alors il serait juste de dire que vous êtes, Monsieur, prêt à toute éventualité?

A Pretty much.

R C'est à peu près ça.

Subsequently, the appellant confirmed that when he armed himself on the morning of January 16,

L'appelant a ensuite confirmé que lorsqu'il s'est armé le matin du 16 janvier 2000, ce n'était à bien

2000 it was in many ways no different from any other morning at the Edmonton Institution:

Q Okay. So, and if I suggested to you that you put – these two knives you put in, this is what you do every single morning?

A Yes.

Q All right. And one you're going to hand off to Mr. – to Mihaly later on, the other is for yourself?

A Yes.

Q Just in case you need it, right?

A Yes.

Q So in many ways this morning, Sunday the 16th, was no different from any other morning for you in your job as cleaner at the Edmonton Institution, right?

A Not really.

We are therefore not dealing with a weapon carried for the purpose of an isolated instance of self-defence. On the morning in question the appellant armed not only himself (as usual) but his fellow prisoner, Mihaly Illes, even though the latter, so far as the record shows, was not at that time threatened with any attack by the Indian Posse. In these circumstances, I believe we are required to address in this appeal whether the existence of an armed population within a prison, where possession of any weapon is prohibited by prison rules, is compatible with the *Criminal Code* prohibition against carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

What Is “The Public Peace”?

The foundational notion of the “public peace” reaches back to the roots of Anglo-Canadian history prior to the Norman Conquest.

A self-respecting Anglo-Saxon king would always try to bring order and tranquillity to his people, and in Ethelbert's laws there was already one principle by which kings could extend their influence. That was the principle of the *peace*.

des égards pas différent de toute autre matinée à l'établissement d'Edmonton :

[TRADUCTION]

Q D'accord. Alors, si je dis que vous prenez – ces deux couteaux vous les prenez, c'est ce que vous faites chaque matin?

R Oui.

Q D'accord. Et vous en donnez un à M. – à Mihaly un peu plus tard, l'autre est pour vous-même?

R Oui.

Q Juste au cas où vous en auriez besoin, c'est cela?

R Oui.

Q Donc, à bien des égards, ce dimanche matin, le 16, n'a pas été différent de toute autre matinée où vous travaillez en tant que préposé au nettoyage à l'établissement d'Edmonton, exact?

R Pas vraiment.

Il ne s'agit donc pas d'un cas isolé où une arme a été portée dans un but de légitime défense. Le matin en question, l'appelant ne s'est pas uniquement armé lui-même (comme il le fait normalement), mais il a aussi armé un autre prisonnier, Mihaly Illes, même si ce dernier, selon ce qu'indique la preuve, ne faisait à ce moment-là l'objet d'aucune menace du gang Indian Posse. Dans les circonstances, nous devons je crois décider en l'espèce si l'existence d'une population armée dans une prison, où les règles carcérales interdisent la possession de toute arme, est compatible avec la prohibition prévue au *Code criminel* visant le port d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Qu'est-ce que « la paix publique »?

La notion fondamentale de la « paix publique » remonte aux origines de notre histoire anglo-canadienne, avant la conquête normande.

[TRADUCTION] La préoccupation constante de tout roi anglo-saxon qui se respecte devait être d'établir l'ordre et la tranquillité pour son peuple et déjà, dans les lois d'Ethelbert, un principe permettait aux rois d'étendre leur influence : le principe de la *paix*.

The mitigation of the disastrous effects of 'self-help' was attained by the extension of the idea of the king's peace and the responsibility of all, not just of the parties to a quarrel, to see that it was observed. [Italics in original; underlining added.]

(A. Harding, *A Social History of English Law* (1966), at pp. 15-21)

The general purpose of "the peace" was to reduce the resort to violence. "The Crown developed the scope of breach of the king's peace in order to preserve public order" (J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd ed. 1979), vol. 1, at p. 13).

64

The concept of the "public peace" thus aims at a state of order, the very opposite of a state of violent confrontation, and is not much concerned with who is the aggressor and who claims to be defending themselves. As Professor G. Williams wrote in "Arrest for Breach of the Peace", [1954] *Crim. L. Rev.* 578, at p. 578:

... "breach of the peace" as a technical expression has a narrower meaning than the breach of the Queen's peace which is supposed to underlie every crime The most flagrant instance of a breach of the peace is a riot So also a fight between two or more persons is a breach of the peace; and both parties may be arrested, for the arrester does not have to decide the merits of the affair. [Emphasis added.]

Authority for this proposition includes the observations of Baron Parke made in the course of a 1835 case:

If no one could be restrained of his liberty, in cases of mutual conflict, except the party who did the first wrong, and the bystanders acted at their peril in this respect, there would be very little chance of the public peace being preserved by the interference of private individuals, nor indeed of police officers, whose power of interposition on their own view appears not to differ [at common law] from that of any of the King's other subjects. [Emphasis added.]

(*Timothy v. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285, at p. 1288; see now *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 30-31; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; and *R. v. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503 (B.C.C.A.).)

On a réussi à limiter les effets désastreux de l'« auto-protection » en élargissant la notion de la paix du roi et en établissant la responsabilité de tous, et non seulement des personnes en conflit, de faire respecter cette paix. [En italique dans l'original; je souligne.]

(A. Harding, *A Social History of English Law* (1966), p. 15-21)

L'objectif général de « la paix » était de réduire le recours à la violence. [TRADUCTION] « La Couronne a étendu la portée de la violation de la paix du Roi afin de préserver l'ordre public » (J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (2^e éd. 1979), vol. 1, p. 13).

Ainsi, le concept de la « paix publique » vise le maintien de l'ordre, antithèse de l'affrontement violent, et ne se soucie guère de savoir qui est l'agresseur et qui prétend se défendre lui-même. Le professeur G. Williams a écrit ce qui suit dans « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L. Rev.* 578, p. 578 :

[TRADUCTION] . . . l'expression juridique « violation de la paix » a un sens plus étroit que la violation de la paix de la Reine, qui est censée sous-tendre tout crime [. . .] L'émeute est l'exemple le plus flagrant de violation de la paix [. . .] De même, une bagarre entre deux personnes ou plus constitue une violation de la paix, et les deux protagonistes peuvent être arrêtés car la personne qui effectue l'arrestation n'a pas à porter un jugement quant au fond de l'affaire. [Je souligne.]

Cette affirmation trouve notamment appui dans les observations suivantes formulées par le baron Parke dans une décision rendue en 1835 :

[TRADUCTION] Dans les cas de conflit entre deux personnes, si nul ne pouvait être privé de sa liberté, sauf la personne qui a commis la première faute, alors que les autres personnes présentes agissaient à leurs risques et périls, il serait très difficile de préserver la paix publique par l'intervention de particuliers, ni d'ailleurs par celle de policiers, dont le pouvoir de s'interposer de leur propre chef ne paraît pas être différent [en common law] de celui de tout autre sujet du Roi. [Je souligne.]

(*Timothy v. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285, p. 1288; voir maintenant le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 30 et 31; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; et *R. c. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503 (C.A.C.-B.).)

In *R. v. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31 (Eng. C.A.), the court noted with approval that violence is “of the essence of a breach of the peace” (p. 37), and affirmed that the “reasonable apprehension of imminent danger of a breach of the peace” justifies arrest not only by a police constable but by “the ordinary citizen” (p. 36). See also *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 189:

Breach of the peace is a generic term, and includes all violations of public peace or order and acts tending to a disturbance thereof.

In *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (Sask. C.A.), it was noted by Haultain C.J.S., at pp. 11-12:

“Public peace” may be taken as equivalent to “the King’s Peace,” in its broader and later signification. The King’s Peace is “the legal name of the normal state of society” (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). “The Peace” is defined in Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, as being “the king’s peace in its wider sense, the general peace and order of the realm, as provided for by law.” [Emphasis added.]

See also *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, at p. 529.

The existence of warring armed camps within a prison is antithetical to the whole concept of “public peace”. The inmates’ purpose in carrying their hand-made weapons was to enable them to inflict harm or death on other inmates, whether by way of defence or otherwise. One can assume that each of the two hundred inmates who yielded up “shanks” during searches of the Edmonton Institution would *all* have pleaded that they carried weapons need for self-defence. Had self-defence indeed been everybody’s paramount preoccupation one would have expected there would have been a state of peace guaranteed by mutual deterrence. But violence was endemic in the Edmonton Institution.

Acceptance of “defensive” weapons in prisons would have implications *outside* as well as *inside* prisons. The prospect of the general population arming itself purely for “defensive” purposes to

Dans l’arrêt *R. c. Howell* (1981), 73 Cr. App. Rep. 31 (C.A. Ang.), la cour a reconnu que la violence participe de [TRADUCTION] « l’essence même d’une violation de la paix » (p. 37), et a affirmé que [TRADUCTION] « l’appréhension raisonnable d’un danger imminent de violation de la paix » justifie l’arrestation non seulement par un agent de police, mais aussi par le [TRADUCTION] « citoyen ordinaire » (p. 36). Voir aussi le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 189 :

[TRADUCTION] La violation de la paix est un terme générique; elle inclut toutes les violations de la paix ou de l’ordre publics ainsi que les actes susceptibles de troubler ceux-ci.

Dans l’arrêt *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (C.A. Sask.), le juge en chef Haultain a noté, aux p. 11-12 :

[TRADUCTION] La « paix publique » peut être considérée comme l’équivalent de la « paix du Roi », dans son sens large et moderne. La paix du Roi est le « nom juridique de l’état normal de la société » (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). « La paix » est définie dans Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, comme étant « la paix du Roi dans son sens plus large, la paix et l’ordre du royaume, conformément à la loi. » [Je souligne.]

Voir également *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, p. 529.

L’existence de groupes armés rivaux à l’intérieur d’une prison est l’antithèse du concept général de « paix publique ». Le port d’armes de fabrication artisanale par les détenus devait leur permettre, que ce soit ou non pour se défendre, d’infliger des lésions corporelles ou la mort à d’autres détenus. Il faut supposer que les deux cents détenus qui ont remis des « armes artisanales » lors des fouilles à l’établissement d’Edmonton auraient *tous* fait valoir qu’ils portaient des armes pour se défendre. Si la légitime défense avait été en fait la préoccupation dominante de tous, on aurait pu s’attendre à voir régner la paix, garantie par la dissuasion mutuelle. Or, la violence était endémique dans cet établissement.

Accepter des armes « défensives » dans les prisons aurait des répercussions tant à l’extérieur qu’à l’intérieur des prisons. La perspective d’une population générale qui s’arme pour des raisons

65

66

67

68

protect life and property would carry us back, in terms of self-help, to the type of violent society which the concept of the “public peace” was designed to eradicate. The argument that violent self-help in breach of the peace can be justified as a “necessity” has been rejected since medieval times as inimical to public order and should not be given new credence in 21st century Alberta.

The Events of January 16, 2000

69 The previous evening, the appellant had refused a request for coffee from a couple of members of the Indian Posse, including the eventual victim, Joseph Garon. This refusal was apparently interpreted as “punking-off”, and retaliation against the appellant was both threatened and expected. The reality was that carrying his dangerous weapon on January 16th was a prudent course of action on the part of the appellant, but prudence did not make it lawful.

70 The evidence previously set out makes it clear that the appellant would have been carrying his knife on January 16th irrespective of the threats from the Indian Posse.

71 My colleagues seek to draw a circle around the fight on January 16, 2000 and to isolate it from the appellant’s general practice of arming himself on that day and every day. I agree that with respect to any particular armed confrontation a court could properly conclude, as here, that the person bearing a weapon acted in self-defence, but such a conclusion does not detract from the fact that on January 16, 2000, *as on every other day*, the appellant was possessed of a dangerous weapon within a prison culture of violence for the purpose of self-help through the infliction of injury or death. Thus, in *Nelson, supra*, at p. 32, Gale C.J.O. observed that:

It is not inconsistent, in my view, for a trial Judge to say that he believes the accused when the latter says that from his point of view he had the weapon for defensive purposes, and at the same time to find that, notwithstanding such explanation, the accused in all the circumstances of the case did have the weapon in his possession for a purpose dangerous to the public peace. [Emphasis added.]

purement « défensives » pour protéger des vies et des biens nous ramènerait, sur le plan de l’auto-protection, au type de société violente que la notion de « paix publique » visait à éradiquer. L’argument selon lequel on peut justifier par la « nécessité » le recours à la violence pour se protéger en violation de la paix publique est rejeté depuis le Moyen Âge comme contraire à l’ordre public, et il ne faudrait pas rétablir un tel argument en Alberta au XXI^e siècle.

L’incident du 16 janvier 2000

Le soir précédant l’incident, l’appelant avait refusé d’apporter le café demandé par deux membres du gang Indian Posse, dont la victime, Joseph Garon. Il semble que ce refus ait été perçu comme geste pour ridiculiser qui commandait des menaces de représailles contre l’appelant. En fait, le 16 janvier, l’appelant portait une arme dangereuse par mesure de prudence, mais la prudence ne rendait pas cette mesure licite.

Le témoignage cité ci-dessus indique clairement que l’appelant aurait porté son couteau le 16 janvier même s’il n’avait pas reçu de menaces du gang Indian Posse.

Mes collègues cherchent à circonscrire la bagarre du 16 janvier 2000 et à isoler cet incident de l’habitude qu’avait l’appelant de se munir d’une arme chaque jour. J’accepte que dans un affrontement armé, une cour peut à bon droit conclure comme en l’espèce que la personne qui portait une arme agissait en état de légitime défense, mais une telle conclusion ne change rien au fait que, le 16 janvier 2000, *comme tous les jours*, l’appelant avait en sa possession une arme dangereuse dans un établissement carcéral où régnait la violence et pouvait s’en servir pour se faire justice. Ainsi, dans l’arrêt *Nelson*, précité, le juge en chef Gale de l’Ontario a fait remarquer ce qui suit à la p. 32 :

[TRADUCTION] Il n’est pas contradictoire, à mon avis, que le juge du procès affirme croire l’accusé lorsque ce dernier dit que, de son point de vue, il avait l’arme en sa possession dans un but défensif, et qu’il conclue, malgré cette explication, compte tenu de toutes les circonstances de l’espèce, que l’accusé avait l’arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. [Je souligne.]

It seems to me Gale C.J.O. had in mind precisely the sort of double purpose present again in this case. In *Nelson, supra*, the accused was convicted.

It is quite true that on this particular morning the appellant had a specific threat to contend with, as a result of his “punking-off” two members of the Indian Posse, and he was no doubt on a higher level of alert than normal. However, the trial judge made a specific finding of a *double* purpose, each given the same emphasis, and I do not think it is the legislative intention behind the *Criminal Code* to exculpate a prison culture of violence from the general prohibition of s. 88(1) of the *Criminal Code* because of an increase in the state of anxiety of an accused inmate from one day to the next.

Certainly, it is open to a prisoner facing charges arising out of a particular knife fight to plead self-defence, but in my view the underlying offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace is not thereby defeated. I make no comment about the entirely different facts at issue in cases such as *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68 (B.C.C.A.), and *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191 (Ont. C.A.).

Were the appellant to be convicted of the charge under s. 88 the specific circumstances of January 16, 2000 would of course have to be taken into account in the matter of sentencing. The appellant found himself in an appallingly difficult position. It was open to him to seek protective custody but he had decided that he could not really expect much assistance from the prison authorities. He testified that the guards were not in a position to protect him and this explanation was accepted by the trial court, which ruled that his plea of self-defence to murder was justified. A conviction of carrying a weapon under s. 88 would have been considered in that light for purposes of imposing a fit sentence.

À mon avis, le juge en chef Gale envisageait précisément le genre de dessein double que l'on retrouve en l'espèce. Dans l'arrêt *Nelson*, précité, l'accusé a été reconnu coupable.

Il est vrai que ce matin-là en particulier, l'appelant devait faire face à une menace précise parce qu'il avait ridiculisé deux membres du gang Indian Posse, et il est certain qu'il était plus sur ses gardes qu'à l'ordinaire. Toutefois, le juge du procès a conclu spécifiquement à l'existence de *deux* desseins, les deux de même importance, et je ne pense pas que le législateur aurait exprimé au *Code criminel* l'intention de soustraire la culture de violence carcérale à l'interdiction générale prévue au par. 88(1) du *Code criminel* parce que du jour au lendemain, un détenu accusé est devenu plus anxieux.

Certes, un prisonnier qui doit répondre d'accusations par suite d'une bagarre aux couteaux en particulier peut invoquer la légitime défense, mais à mon avis, l'infraction sous-jacente de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique ne disparaît pas pour autant. Je ne commenterai pas les faits complètement différents en cause dans des décisions telles que *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68 (C.A.C.-B.), et *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191 (C.A. Ont.).

Si l'appelant devait être déclaré coupable de l'accusation portée en vertu de l'art. 88, les circonstances particulières du 16 janvier 2000 devraient bien sûr être prises en considération au moment de la détermination de la peine. L'appelant s'est trouvé dans une situation terriblement difficile. Il lui était loisible de demander d'être placé en isolement protecteur, mais il a estimé que les autorités de la prison ne lui seraient pas d'un grand secours. Il a affirmé dans son témoignage que les gardiens n'étaient pas en mesure de le protéger, et son explication a été acceptée par le tribunal de première instance, qui a conclu que son plaidoyer de légitime défense à l'accusation de meurtre était justifié. Une déclaration de culpabilité pour port d'arme en vertu de l'art. 88 aurait été prise en considération dans cette optique aux fins de l'imposition d'une peine appropriée.

72

73

74

75 For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Arbour and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Overview

76 I have read the reasons of my colleague Bastarache J. While I agree with his disposition of the appeal, I remain in disagreement with some aspects of his analysis of the applicable principles.

77 In my opinion, the jurisprudence supports the view that the accused's purpose in s. 88(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, must be determined wholly subjectively. Rather than mire the analysis in a needlessly complex subjective-objective approach, I would suggest simply defining "a purpose dangerous to the public peace" as the intent to do harm to persons or property, or being reckless in that regard. Of course, harm need not actually ensue from the possession of the weapon. Finally, the applicable defence under s. 88(1) is necessity and not self-defence. I will discuss each of these issues in turn.

II. Subjective Purpose

78 Constitutional considerations aside, it is a common law presumption that, absent a clear expression of Parliamentary intent, a person is not liable for a criminal offence in the absence of subjective *mens rea*: see, e.g., *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, at p. 13; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1303. It is not for this Court to enlarge the scope of criminal liability under s. 88(1) beyond what the words of the offence will reasonably and properly bear. It is well established that when attempts at a neutral interpretation of a penal provision leave a reasonable doubt as to its meaning, any ambiguity should be resolved in favour of the accused: *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at pp. 411-13. In my view, s. 88(1) is a traditional *Criminal Code* offence in which the *mens*

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Aperçu

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Bastarache. Bien que je souscrive à son dispositif, je ne suis pas d'accord avec certains aspects de son analyse des principes applicables.

À mon avis, selon la jurisprudence, le dessein de l'accusé aux termes du par. 88(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, doit être déterminé d'une façon entièrement subjective. Plutôt que de s'embourber dans une analyse à la fois subjective et objective inutilement complexe, je propose simplement de définir l'expression « un dessein dangereux pour la paix publique » comme l'intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou l'insouciance à cet égard. Évidemment, il n'est pas nécessaire que la possession de l'arme cause effectivement un préjudice. Enfin, le moyen de défense applicable sous le régime du par. 88(1) est la nécessité et non la légitime défense. J'analyserai successivement ces points.

II. Dessein subjectif

Abstraction faite des considérations constitutionnelles, il existe en common law une présomption que, en l'absence de l'expression claire de l'intention du législateur, nul n'est responsable d'une infraction criminelle commise sans *mens rea* subjective : voir p. ex. *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, p. 13, et *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303. Il n'appartient pas à notre Cour d'élargir l'étendue de la responsabilité criminelle du par. 88(1) au delà de la portée raisonnable et appropriée des mots utilisés pour décrire l'infraction. Il est bien établi que lorsque subsiste, après des tentatives d'interprétation neutre, un doute raisonnable quant à la signification d'une disposition pénale, les ambiguïtés doivent être résolues en faveur de l'accusé : *R. c. Hasselwander*, [1993]

rea is not otherwise stated, and is formulated in such a way as to require the usual subjective *mens rea*.

Further, my reading of s. 88(1) as requiring a subjective *mens rea* is supported by the jurisprudence on s. 88(1) and its predecessors. While certain cases may appear ambiguous to some on this point, I believe the balance of the case law adopts a subjective approach to the mental element of the offence. A brief review may be helpful.

This Court has not extensively considered the requisite mental element in s. 88(1). In *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at p. 351, it would appear that this Court held that s. 88(1) requires that the accused subjectively intended a dangerous use:

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. That is the case before us. Assuming that the appellant was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication (a matter dealt with under the third issue), he intended to use the shotgun to expel the police officers from his mother's house. This is evident from his shouting "You get out, or I'll get you out". He then took possession of the gun. At that point in time, the offence was complete.

By contrast, the requisite *mens rea* required under s. 88(1) caused some confusion in *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.).

Respectfully, I do not believe that *Nelson*, *supra*, should be read as mandating a subjective-objective approach. The discussion by Gale C.J.O. is best understood as making the distinction between subjective intent and the evidentiary issues in determining that intent. Gale C.J.O. held for the majority that the accused's testimony as to his or her intent is but one factor to be considered

2 R.C.S. 398, p. 411-413. À mon avis, l'infraction prévue au par. 88(1) constitue une infraction traditionnelle du *Code criminel* où la *mens rea* n'est pas autrement mentionnée, et elle est libellée de façon à exiger la *mens rea* subjective habituelle.

De plus, mon interprétation suivant laquelle le par. 88(1) exige une *mens rea* subjective trouve appui dans la jurisprudence portant sur ce par. 88(1) et les dispositions qui l'ont précédé. Certaines décisions peuvent paraître ambiguës aux yeux de certains lecteurs sur ce point, mais selon mon opinion, la jurisprudence prépondérante fait une analyse subjective de l'élément moral de l'infraction. Un bref examen de la jurisprudence peut s'avérer utile.

Notre Cour n'a pas examiné en profondeur l'élément moral requis au par. 88(1). Dans l'arrêt *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 351, elle semble avoir conclu que le par. 88(1) exige de l'accusé une intention subjective d'utiliser l'arme de façon dangereuse :

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. C'est le cas qui se présente devant nous. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise (ce sur quoi je reviendrai en examinant la troisième question), l'appelant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. Cela ressort manifestement de son cri [TRADUCTION] « Vous sortez ou je vous sors ». C'est alors qu'il a pris possession du fusil. À ce moment précis, l'infraction était complétée.

Par contre, la *mens rea* requise aux termes du par. 88(1) a créé une certaine confusion dans l'arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.).

En toute déférence, je ne crois pas qu'il faille interpréter l'arrêt *Nelson*, précité, comme exigeant une analyse à la fois subjective et objective. Il convient plutôt d'interpréter l'analyse du juge en chef Gale comme distinguant entre l'intention subjective et les questions touchant la preuve requise pour déterminer cette intention. En effet, le juge en chef Gale a statué, au nom de la majorité, que le

79

80

81

in determining the purpose of possession (at p. 31):

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

Gale C.J.O.’s reasons have occasionally been interpreted as suggesting that the offence requires only an objective purpose. This possibility was averred to by Jessup J.A. in dissent in that case (at p. 36), where he observed that:

If Parliament had wished to make it an offence to possess a dangerous weapon *simpliciter* it could have readily said so in plain language. . . . Having a weapon for the sole purpose of abating a breach of the peace threatened to result from an attack on the possessor is not, in my opinion, a purpose dangerous to the public peace. Self-defence, justifiable under the *Code*, is not confined to tooth and nail.

In my view, the correct interpretation of Gale C.J.O.’s rule is that the trier of fact should take into account not only the accused’s stated purpose, but also all the surrounding circumstances as evidence of the accused’s subjective intent. I will return to this distinction below.

témoignage de l’accusé au sujet de son intention n’est qu’un des facteurs à prendre en considération pour déterminer l’intention sous-jacente à la possession (p. 31) :

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est un facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Les motifs du juge en chef Gale ont parfois été interprétés comme s’ils avaient laissé entendre que l’infraction ne requiert qu’un dessein objectif. Dans sa dissidence dans cet arrêt, le juge Jessup a évoqué cette possibilité lorsqu’il a fait la remarque suivante (p. 36) :

[TRADUCTION] S’il avait voulu ériger en infraction la possession *simpliciter* d’une arme dangereuse, le législateur aurait pu aisément le dire en terme clairs. [. . .] Avoir une arme en sa possession dans le seul but de mettre fin à une violation de la paix pouvant résulter d’une attaque dirigée contre soi ne constitue pas selon moi un dessein dangereux pour la paix publique. La légitime défense qu’autorise le *Code* ne se limite pas à une résistance à mains nues.

À mon sens, l’interprétation correcte de la règle énoncée par le juge en chef Gale est la suivante : le juge des faits devrait tenir compte non seulement du dessein avoué de l’accusé, mais aussi de toutes les circonstances qui montent l’intention subjective de l’accusé. Je reviendrai plus loin sur cette distinction.

Un examen d’autres décisions démontre que l’exigence de l’intention subjective prédomine. Dans l’arrêt *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, p. 220, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a indiqué que le par. 88(1) (alors le par. 82(1)) requerrait une intention subjective, même si la cour n’abordait pas explicitement cette question. Se fondant sur l’arrêt *R. c. Flack*, [1969]

A review of other cases demonstrate that the requirement of a subjective intent is the prevailing view. The British Columbia Court of Appeal in *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, at p. 220, although not dealing explicitly with this question, suggests that s. 88(1) (then s. 82(1)) requires subjective intent. Relying on *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55, Tysoe J.A. for the court held that “the

crucial question [is] whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the appellant had the intention of using the rifle for a purpose dangerous to the public peace” (emphasis added). This follows from McFarlane J.A.’s decision in *Flack*, at p. 59, that “[i]t will be apparent that the intention of the appellant is the essential matter to be proved by the Crown in order to bring about a conviction for the offence charged”, and at p. 61, “[t]he test is not the alarm or fear in the minds of the men in the camper, but the purpose and intention of the accused.”

Contrary to *Nelson, supra*, the Ontario Court of Appeal subsequently held that a subjective intention is necessary under s. 88(1) (then s. 83(1)) in *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353, at p. 355. Martin J.A. held for the majority that:

[I]t was essential in this case for the learned trial Judge to direct his mind to the question as to whether the appellant intended to possess the imitation pistol for a purpose dangerous to the public peace and that issue cannot be determined in this case against the appellant simply by the fact that he did an act which was in fact dangerous to the public peace in the manner in which he used this imitation weapon. [Emphasis added.]

Martin J.A. goes on to speak in terms of the “premeditated use” of the weapon. The words chosen by Martin J.A. indicate that it is the subjective dangerous intention of the accused that is the proper test, and not the objective dangerous purpose. This view is confirmed more recently by the Ontario Court of Appeal in *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191. A unanimous court held that a conviction could not stand because the weapon had been carried as a deterrent against a possible attack and not as an offensive weapon (at p. 192):

[T]he appellant did not testify that he was carrying the pool ball to intimidate nor did he state that he had never lost a fight. To the contrary, the appellant testified that he

1 C.C.C. 55, le juge Tysoe, s’exprimant au nom de la cour, a statué que [TRADUCTION] « la question cruciale [est] de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’appelant avait l’intention d’utiliser la carabine dans un dessein dangereux pour la paix publique » (je souligne). Cet énoncé découle de la décision du juge McFarlane dans l’arrêt *Flack*, à la p. 59, selon laquelle [TRADUCTION] « [o]n constatera que l’intention de l’appelant est le point essentiel que le ministère public doit prouver pour entraîner une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction reprochée », et à la p. 61, [TRADUCTION] « [l]e critère n’est pas l’inquiétude ou la crainte qu’ont ressentie les hommes dans la caravane, mais le dessein et l’intention de l’accusé. »

Dans l’arrêt *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353, la Cour d’appel de l’Ontario a plus tard statué, contrairement à l’arrêt *Nelson*, précité, qu’une intention subjective est nécessaire sous le régime du par. 88(1) (alors le par. 83(1)). Au nom de la majorité, le juge Martin a affirmé ce qui suit à la p. 355 :

[TRADUCTION] [I] était essentiel en l’espèce que le juge du procès examine la question de savoir si l’appelant avait l’intention de posséder l’imitation de pistolet dans un dessein dangereux pour la paix publique, et cette question ne peut être tranchée en l’espèce à l’encontre de l’appelant du seul fait qu’il a posé un acte qui était somme toute dangereux pour la paix publique étant donné la façon dont il a utilisé l’imitation d’arme. [Je souligne.]

Le juge Martin poursuit en parlant d’« usage prémédité » de l’arme. Son choix de mots indique que le critère approprié est l’intention dangereuse de l’accusé considérée de façon subjective, et non le dessein dangereux considéré objectivement. La Cour d’appel de l’Ontario a plus récemment confirmé cette position dans l’arrêt *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191. Elle a conclu à l’unanimité qu’une déclaration de culpabilité ne devait pas être maintenue parce que l’accusé portait l’arme comme moyen de dissuasion contre une attaque possible et non comme arme offensive (p. 192) :

[TRADUCTION] [L]’appelant n’a pas affirmé qu’il portait la balle de billard dans un but d’intimidation et n’a pas non plus déclaré qu’il n’avait jamais perdu une bagarre.

had won a particular fight with the two specific youths and he was concerned that the two would return for revenge, perhaps with reinforcements. According to the evidence then of the appellant, the pool ball was being carried for defensive purposes. It was intended as a deterrent against possible reprisal, not as an offensive weapon as the trial judge held.

Based on the foregoing review of the cases, I conclude that the correct interpretation of s. 88(1) is that Parliament mandated that the accused's subjective purpose must be one that is dangerous to the public peace.

84

The elements of the offence must be distinguished from the evidentiary problems that arise in any offence where the trier of fact is called on to determine the subjective intent of the accused. No earthly judge can enter the mind of the accused. Rather, one must look at externalities or objective indicia of an accused's state of mind. The classic statement explaining this distinction is found in *Vallance v. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56 (Aust. H.C.), Windeyer J. at p. 83, and adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, at p. 275:

A man's own intention is for him a subjective state, just as are his sensations of pleasure or of pain. But the state of another man's mind, or of his digestion, is an objective fact. When it has to be proved, it is to be proved in the same way as other objective facts are proved. A jury must consider the whole of the evidence relevant to it as a fact in issue. If an accused gives evidence of what his intentions were, the jury must weigh his testimony along with whatever inference as to his intentions can be drawn from his conduct or from other relevant facts. References to a "subjective test" could lead to an idea that the evidence of an accused man as to his intent is more credible than his evidence of other matters. It is not: he may or may not be believed by the jury. Whatever he says, they may be able to conclude from the whole of the evidence that beyond doubt he had a guilty mind and a guilty purpose. But always the questions are what did *he* in fact know, foresee, expect, intend. [Emphasis in original.]

Au contraire, il a affirmé qu'il avait gagné une bagarre en particulier contre les deux jeunes en question, et qu'il craignait que ces derniers ne cherchent à prendre leur revanche, peut-être avec du renfort. Selon le témoignage de l'appellant, ce dernier portait la balle de billard dans un but défensif, comme moyen de dissuasion contre de possibles représailles, et non comme arme offensive comme l'a conclu le juge du procès.

Me fondant sur cet examen de la jurisprudence, je conclus que selon l'interprétation correcte du par. 88(1), le législateur a prescrit que le dessein subjectif de l'accusé doit être un dessein dangereux pour la paix publique.

Il faut distinguer les éléments constitutifs de l'infraction des problèmes de preuve que pose toute infraction lorsque le juge des faits est appelé à déterminer l'intention subjective de l'accusé. Aucun juge ici-bas ne peut pénétrer l'esprit de l'accusé. Il lui faut plutôt chercher des signes externes ou objectifs qui dénotent l'état d'esprit de l'accusé. L'explication classique de cette distinction, énoncée par le juge Windeyer dans l'arrêt *Vallance c. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56 (H.C. Aust.), p. 83, a été retenue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, p. 275 :

[TRADUCTION] L'intention d'une personne constitue pour elle un état subjectif, tout comme ses sensations de plaisir ou de douleur. Par contre, l'état d'esprit d'une autre personne, ou sa digestion, constitue un fait objectif. Quand il faut en faire la preuve, on procède comme pour tout autre fait objectif. Un jury doit examiner l'ensemble de la preuve pertinente à ce sujet comme à l'égard d'un fait en litige. Si un accusé livre un témoignage au sujet de la nature de ses intentions, le jury doit soupeser ce témoignage ainsi que toute inférence concernant la nature de ses intentions susceptible d'être tirée à partir de sa conduite ou de tout autre fait pertinent. Les mentions d'un « critère subjectif » pourraient laisser croire que le témoignage d'un accusé quant à son intention est plus crédible que son témoignage à l'égard d'autres questions. Ce n'est pas le cas : il est loisible au jury de croire ou non le témoignage. Quoique l'accusé dise, le jury peut, à partir de l'ensemble de la preuve, conclure hors de tout doute raisonnable qu'il avait un esprit et un dessein coupables. Mais il s'agit toujours de saisir ce que, en fait, *il* savait, prévoyait, comptait faire ou avait l'intention de faire. [En italique dans l'original.]

I believe that this is what Gale C.J.O. meant in *Nelson*, *supra*, at p. 31, when he stated that the “subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the ‘purpose of the possession’” (emphasis in original). In other words, the trier of fact must weigh the credibility of the accused’s testimony against all other evidence of his subjective intent. I believe that this is also what McGillivray J.A. meant in *Nelson*, *supra*, at p. 35, when he stated: “[s]ubjective evidence is to be considered and weighed just as is evidence regarding the weapon but, in each case, only in relation to all other relevant evidence.”

Before leaving this point, I should not be understood as suggesting that this Court has not occasionally imported a modified subjective test, or subjective-objective approach, into the *mens rea* of true crimes. But I am of the view that s. 88(1) mandates a purely subjective approach, and that an objective element should not be imported in the absence of a clear expression of Parliament’s intention to that effect. Bastarache J. places great weight on the absence of the word “causing”, which in his view makes all the difference in interpreting this section. Though I have tried, I fail to see any substantive distinction that would displace the presumption of subjective intent. It suggests a unity and coherence in the drafting of the *Code* which does not exist in this case.

III. A Definition of “Dangerous to the Public Peace”

Not only does s. 88(1) mandate a purely subjective approach, subjective-objective tests are notoriously difficult to implement in practice. Moreover, I am concerned that a subjective-objective approach may result in slippage to a purely objective test. This

Je suis persuadé que c’est ce que le juge en chef Gale voulait dire dans l’arrêt *Nelson*, précité, lorsqu’il a affirmé, à la p. 31, que [TRADUCTION] « [l]’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est un facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer “l’intention sous-jacente à la possession” » (en italique dans l’original). En d’autres termes, le juge des faits doit apprécier la crédibilité du témoignage de l’accusé eu égard à l’ensemble des autres éléments de preuve relatifs à son intention subjective. Je crois que telle était l’opinion du juge McGillivray dans l’arrêt *Nelson*, précité, lorsqu’il a écrit, à la p. 35, que [TRADUCTION] « [l]es éléments de preuve subjective doivent être examinés et appréciés tout comme ceux se rapportant à l’arme mais, dans chaque cas, seulement en liaison avec tous les autres éléments de preuve pertinents. »

Avant de conclure sur ce point, je tiens à préciser que je ne voudrais pas que l’on interprète mes propos comme indiquant que notre Cour n’a pas, à l’occasion, introduit un critère subjectif modifié, ou procédé à une analyse à la fois subjective et objective de la *mens rea* des crimes proprement dits. Je suis toutefois d’avis que le par. 88(1) commande une analyse purement subjective et qu’il ne faudrait pas introduire un élément objectif en l’absence d’une indication claire de l’intention du législateur. Le juge Bastarache accorde beaucoup d’importance au fait que le par. 88(1) ne vise pas le « dessein de compromettre la paix publique », ce qui, selon lui, fait une grande différence pour l’interprétation de cette disposition. J’ai vainement essayé de trouver une distinction significative susceptible d’écarter la présomption d’intention subjective. Cette distinction semble suggérer que la rédaction du *Code* comporte une unité et une cohérence qui lui fait toutefois défaut dans le présent cas.

III. Une définition de l’expression « dangereux pour la paix publique »

Non seulement le par. 88(1) commande-t-il une analyse purement subjective, mais encore l’application pratique des critères à la fois subjectifs et objectifs comporte des difficultés notoires. De plus, je crains qu’une analyse à la fois subjective

may be avoided by adopting a definition of “dangerous to the public peace”. In my view, a danger to the public peace is one that is potentially harmful to persons or property. A “purpose dangerous to the public peace” needs to be given concrete content. Within the meaning of s. 88(1), it is the possession of a weapon with the intention of doing harm to persons or property, or showing a reckless disregard for harm to persons or property.

et objective entraîne un glissement vers un critère purement objectif. Cette possibilité peut être évitée par l’adoption d’une définition de l’expression « dangereux pour la paix publique ». À mon sens, un danger pour la paix publique suppose une possibilité de lésions corporelles ou de dommages matériels. Il faut donner un contenu concret au « dessein dangereux pour la paix publique ». Au sens du par. 88(1), il s’agit de la possession d’une arme dans l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels ou sans se soucier de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels.

87

To be clear, s. 88(1) requires that the possession of a weapon coincide at some point with the intention of using that weapon to harm persons or property, or being reckless thereto. There must be at some point a meeting between these two elements: *Cassidy, supra*, at p. 351. It is not a possession *simpliciter* offence. It requires possession coupled with an additional intention, but it does not require the actual use of the weapon.

En termes clairs, le par. 88(1) exige que la possession d’une arme coïncide à un moment quelconque avec l’intention d’utiliser l’arme pour causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou sans se soucier que de telles conséquences surviennent. À un moment quelconque, ces deux éléments doivent se rencontrer : *Cassidy*, précité, p. 351. Il ne s’agit pas d’une infraction de possession *simpliciter*. L’infraction exige la possession ainsi qu’une intention additionnelle, mais elle n’exige pas que l’arme soit effectivement utilisée.

88

Recklessness in this context needs to be distinguished from negligence. Recklessness was explained by McIntyre J., for the Court, in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 582:

L’insouciance dans ce contexte doit être distinguée de la négligence. Dans l’arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué ainsi l’insouciance à la p. 582 :

In accordance with well-established principles for the determination of criminal liability, recklessness, to form a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective. It is found in the attitude of one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. It is, in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance. It is in this sense that the term ‘recklessness’ is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence.

Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l’insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l’attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d’engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d’autres termes, il s’agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance. C’est dans ce sens qu’on emploie le terme « insouciance » en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.

Criminal liability under s. 88(1) thus applies not only to an accused who intends to do harm to persons or property, but also an accused who is aware of a risk of harm to persons or property and persists with his or her intention despite that risk. It does not

Selon cette analyse, aux termes du par. 88(1), la responsabilité criminelle est imputable non seulement à l’accusé qui a l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, mais aussi à l’accusé qui, conscient du risque de lésions

establish an objective standard of dangerousness however.

In order to find a wider definition of “public peace”, one has to look back to early last century. It has been defined in the following manner in *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (Sask. C.A.), per Haultain C.J.S., at pp. 11-12:

“Public peace” may be taken as equivalent to “the King’s Peace,” in its broader and later signification. The King’s Peace is “the legal name of the normal state of society” (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). “The Peace” is defined in Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, as being “the king’s peace in its wider sense, the general peace and order of the realm, as provided for by law.” [Emphasis added.]

The normal state of society is the absence of harm to persons or property.

The concept of “public peace” seems very much an old concept from the time that common law offences still existed. Understood in the context of the modern *Criminal Code*, it is difficult to imagine that the public peace could be endangered by something short of harm to persons or property. This Court considered the definition of “peace” or “King’s Peace” in the classic case of *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517. In determining whether an officer had falsely imprisoned Frey for a breach of the peace, the majority rejected a definition of “breach of the King’s peace” that was given indefinite and overbroad content (at pp. 529-30):

It appears to me that so understood, the genus is wide enough to include the whole field of the criminal law. As it is put in Pollock and Maitland, *History of English Law* (1895) Volume 1, page 22:

all criminal offences have long been said to be committed against the King’s peace.

and in Volume 2 of the same work at page 452, it is stated:

to us a breach of the King’s peace may seem to cover every possible crime.

corporelles ou de dommages matériels, persiste dans son intention malgré ce risque. Cela n’établit cependant pas une norme objective de dangerosité.

Pour trouver une définition plus large de la « paix publique », il faut se reporter au début du siècle dernier. Le juge en chef Haultain l’a définie de la façon suivante dans l’arrêt *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (C.A. Sask.), p. 11-12 :

[TRADUCTION] La « paix publique » peut être considérée comme l’équivalent de la « paix du Roi », dans son sens large et moderne. La paix du Roi est le « nom juridique de l’état normal de la société » (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). La « paix » est définie dans Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, comme étant « la paix du Roi dans son sens plus large, soit la paix et l’ordre du royaume, conformément à la loi. » [Je souligne.]

L’état normal de la société consiste en l’absence de lésions corporelles ou de dommages matériels.

La notion de « paix publique » semble bien être une vieille notion qui remonte à l’époque des infractions de common law. Dans le contexte du *Code criminel* moderne, il est difficile d’imaginer que la paix publique puisse être mise en danger sans qu’il y ait de lésions corporelles ou de dommages matériels. Notre Cour a examiné la définition de la « paix » ou de la « paix du Roi » dans l’arrêt classique *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517. Pour déterminer si un agent avait faussement emprisonné Frey pour une violation de la paix, la majorité de la Cour a rejeté une définition de « violation de la paix du Roi » en raison de son contenu indéfini et trop large (p. 529-530) :

[TRADUCTION] Il me semble qu’interprétée de la sorte, la catégorie est suffisamment vaste pour inclure l’ensemble du domaine du droit criminel. Pollock et Maitland ont d’ailleurs écrit dans *History of English Law* (1895), volume 1, p. 22 :

on considère depuis longtemps que toutes les infractions criminelles violent la paix du Roi.

Les auteurs ont ajouté au volume 2 du même ouvrage, p. 452 :

À notre avis, une violation de la paix du Roi semble couvrir tous les crimes possibles.

Once the expression “a breach of the King’s Peace” is interpreted, as O’Halloran, J.A. undoubtedly does interpret it, not to require as an essential ingredient anything in the nature of “riots, tumults, or actual physical violence” on the part of the offender, it would appear to become wide enough to include any conduct which in the view of the fact finding tribunal is so injurious to the public as to merit punishment. If, on the other hand, O’Halloran, J.A. intended to give to the expression a more limited meaning so that it would include only conduct of a nature likely to lead to a breach of the peace in the narrower sense of which he speaks, the authorities referred to elsewhere in this Judgment seem to me to show that this is not an offence known to the law.

I am of opinion that the proposition implicit in the paragraph quoted above ought not to be accepted.

91

The definition I propose of a danger to the public peace is supported in the English authorities. In *R. v. Howell*, [1982] Q.B. 416 (C.A.), at pp. 426-27, Watkins L.J. held for the court that there is no breach of the peace unless an act is done or threatened to be done which (a) actually harms a person or, in his presence, his property; (b) is likely to cause such harm; or (c) puts someone in fear of such harm:

A comprehensive definition of the term “breach of the peace” has very rarely been formulated so far as, with considerable help from counsel, we have been able to discover from cases which go as far back as the 18th century. The older cases are of considerable interest but they are not a sure guide to what the term is understood to mean today, since keeping the peace in this country in the latter half of the 20th century presents formidable problems which bear upon the evolving process of the development of this breach of the common law.

We are emboldened to say that there is a breach of the peace whenever harm is actually done or is likely to be done to a person or in his presence to his property or a person is in fear of being so harmed through an assault, an affray, a riot, unlawful assembly or other disturbance. . . .

Une fois que l’expression « une violation de la paix du Roi » est interprétée, comme le fait indubitablement le juge O’Halloran, de façon à ne pas exiger un élément matériel assimilable à un acte de la nature « de l’émeute, du tumulte ou de la violence physique véritable » de la part du délinquant, elle semble devenir suffisamment vaste pour inclure tout acte qui, de l’avis du tribunal des faits, est préjudiciable au public au point d’appeler une punition. Si, par contre, le juge O’Halloran avait l’intention de donner à l’expression un sens plus étroit de façon à n’inclure que les conduites de nature à mener à une violation de la paix dans un sens plus restreint que celui dont il parle, la jurisprudence mentionnée ailleurs dans ce jugement démontre, à mon avis, qu’il ne s’agit pas d’une infraction connue en droit.

À mon avis, la proposition implicite contenue dans le paragraphe ci-dessous ne devrait pas être admise.

La définition d’un danger pour la paix publique que je propose trouve appui dans la jurisprudence anglaise. Dans l’arrêt *R. c. Howell*, [1982] Q.B. 416 (C.A.), p. 426-427, le lord juge Watkins a conclu au nom de la cour qu’il n’y a pas de violation de la paix à moins que l’accusé pose ou menace de poser un geste a) qui cause effectivement des lésions corporelles à une personne ou qui endommage ses biens en sa présence; b) qui est susceptible de causer un tel préjudice; ou c) qui fait craindre un tel préjudice à une personne :

[TRADUCTION] On a très rarement formulé une définition exhaustive de l’expression « violation de la paix » selon ce que nous avons, grâce à l’aide considérable des avocats, été en mesure de trouver dans des décisions remontant aussi loin qu’au XVIII^e siècle. Les décisions les plus anciennes revêtent un intérêt considérable, mais elles ne nous guident pas quant à la signification actuelle de l’expression puisque le maintien de la paix dans ce pays dans la deuxième moitié du XX^e siècle présente des problèmes difficiles qui ont une incidence sur l’évolution de cette violation de la common law.

On nous encourage à dire qu’il y a violation de la paix lorsque des lésions corporelles sont effectivement causées à une personne ou que ses biens sont endommagés en sa présence, lorsqu’un tel préjudice est susceptible de lui être causé, ou lorsqu’une personne craint de subir un tel préjudice lors d’une agression, d’une bagarre, d’une émeute, d’un attroupement illégal ou de toute autre perturbation. . . .

I see no principled reason why a similar definition, with the incorporation of recklessness, should not apply to “dangerous to the public peace” under s. 88(1) of the *Code*.

On January 16, 2000, Kerr took possession of the shanks with the intention of using them against Garon or other members of the Indian Posse in the event of an attack. Although the trial judge found that it was part of his routine to carry the shanks, on this day he possessed them for the purpose of meeting force with force. Clackson J. found that “[t]he Crown’s case is that the accused went to B Unit serverly on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge.” On the principles I have articulated above, Kerr possessed the weapon for a purpose dangerous to the public peace, he intended to use them to harm another person or persons. The elements of s. 88(1) have been made out. Before criminal liability may be imposed, one must assess whether Kerr had a defence at law.

IV. Necessity Is the Appropriate Defence

Defence counsel argued at trial and on appeal that Kerr possessed the shanks for the purpose of self-defence and, therefore, did not satisfy the elements of s. 88(1). The lower courts have traditionally found that possessing a weapon for the purpose of self-defence negates the *mens rea* of s. 88(1). In my view, however, the possession of a weapon for the purpose of defending oneself does not make that possession lawful. Self-defence does not vitiate the *mens rea* of an offence, rather it is a justification for conduct that would otherwise attract criminal liability: *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at para. 47. I would go further than this and add that properly conceived it is necessity and not self-defence that would be available to an accused as a defence under s. 88(1).

In my opinion, under s. 88(1) an accused who otherwise satisfies the requirements of the offence should be excused from criminal liability where the

Je ne vois pas de raison de principe pour ne pas appliquer à l’expression « dangereux pour la paix publique » figurant au par. 88(1) du *Code* une définition semblable, en y ajoutant l’insouciance.

Le 16 janvier 2000, M. Kerr a pris possession des couteaux de fabrication artisanale avec l’intention de les utiliser contre M. Garon ou d’autres membres du gang Indian Posse en cas d’attaque. Même si le juge de première instance a décidé que M. Kerr avait l’habitude de porter les couteaux, il les avait en sa possession ce jour-là en vue d’opposer la force à la force. Le juge Clackson a conclu que [TRADUCTION] « [s]elon la preuve faite par le ministère public, le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque ». Suivant les principes que je viens d’énoncer, M. Kerr possédait des armes dans un dessein dangereux pour la paix publique, il avait l’intention de les utiliser pour blesser une ou plusieurs personnes. Les éléments du par. 88(1) ont été établis. Avant d’imposer une responsabilité criminelle, il faut examiner si M. Kerr avait une défense en droit.

IV. La nécessité est le moyen de défense approprié

L’avocat de la défense a fait valoir au procès et en appel que M. Kerr avait en sa possession des couteaux de fabrication artisanale en vue de se défendre et que par conséquent, il échappait aux éléments de l’infraction prévue au par. 88(1). Dans le passé, les tribunaux de juridiction inférieure ont statué que la possession d’une arme en vue de se défendre annule la *mens rea* du par. 88(1). Or, selon moi, la possession d’une arme dans le but de se défendre ne rend pas cette possession licite. La légitime défense ne vicie pas la *mens rea* d’une infraction, elle sert plutôt à justifier une conduite qui engagerait autrement la responsabilité criminelle : *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 47. J’irai même jusqu’à dire que, bien conçue, c’est la nécessité et non la légitime défense que pourrait invoquer un accusé comme moyen de défense sous le régime du par. 88(1).

À mon avis, aux termes du par. 88(1), un accusé qui répond par ailleurs aux exigences de l’infraction devrait être exonéré de la responsabilité criminelle

92

93

94

possession of a weapon is necessary for defending himself. The usual limits on the common law defence of necessity apply. First, the defence of necessity is limited to situations of clear and imminent peril. Thus, necessity would not excuse the possession of a weapon simply because the accused lived in a high-crime neighbourhood or finds himself among a dangerous prison population. Second, the act must be unavoidable in that the circumstances afford the accused no reasonable opportunity for a legal way out, such as escaping or seeking police protection. Finally, the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at pp. 251-52.

lorsque la possession d'une arme est nécessaire pour sa défense. Les limites habituelles du moyen de défense de common law fondé sur la nécessité s'appliquent. Premièrement, la défense de nécessité est limitée aux situations de danger imminent et évident. Ainsi, la nécessité ne justifierait pas la possession d'une arme du seul fait que l'accusé habite dans un quartier où la criminalité est élevée ou qu'il se trouve au sein d'une population carcérale dangereuse. Deuxièmement, l'acte doit être inévitable en ce que les circonstances n'offrent à l'accusé aucune possibilité raisonnable d'y échapper par des moyens légaux, p. ex. en s'enfuyant ou en cherchant la protection de la police. Enfin, le préjudice infligé doit être moindre que le préjudice auquel on cherche à se soustraire : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 251-252.

95

When one raises a defence in answer to a particular offence, the defence must be applied in light of the elements of that offence. Under s. 88(1), actual use of the weapon is not an element of the crime. Therefore, in considering the third branch of the defence of necessity, the harm inflicted is the breach of s. 88(1), not the actual use of the weapon. In *Perka, supra*, the harm inflicted was the defendants coming ashore with their cargo of cannabis, in other words, their breach of the prohibitions on importation of cannabis into Canada and possession of cannabis for the purpose of trafficking. This breach had to be weighed against facing death at sea.

Lorsqu'une personne soulève un moyen de défense à l'égard d'une infraction en particulier, le moyen de défense doit être appliqué compte tenu des éléments de cette infraction. Aux termes du par. 88(1), l'utilisation proprement dite de l'arme n'est pas un élément de l'infraction. Par conséquent, en considérant le troisième élément de la défense de nécessité, le préjudice infligé est la violation du par. 88(1), et non l'utilisation proprement dite de l'arme. Dans l'arrêt *Perka*, précité, le préjudice infligé était l'arrivée des défendeurs sur la côte avec leur cargaison de cannabis, en autres mots la violation par les défendeurs de l'interdiction de l'importation de cannabis au Canada et de la possession de cannabis en vue d'en faire le trafic. Cette violation devait être appréciée en regard du risque de périr en mer.

96

The defence of necessity is made out on the facts of this case. On January 16, 2000, Kerr possessed the weapons to defend himself against an imminent attack by Garon or by other members of the Indian Posse. He had a reasonable belief that the circumstances afforded him no legal way out. And the harm he sought to avoid — in the words of the trial judge, “a lethal attack” — outweighed the breach of s. 88(1). On this basis, I would allow the appeal and acquit Kerr.

La défense de nécessité est fondée eu égard aux faits de l'espèce. Le 16 janvier 2000, M. Kerr était en possession des armes pour se défendre contre une attaque imminente de M. Garon et d'autres membres du gang Indian Posse. Il croyait raisonnablement que les circonstances ne lui permettaient pas d'échapper à cette attaque par des moyens légaux. Et le préjudice auquel il cherchait à se soustraire — [TRADUCTION] « une attaque mortelle » comme l'a dit le juge du procès — l'emportait sur la violation du par. 88(1). Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'acquitter M. Kerr.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. —

I. Overview

Like Bastarache and LeBel JJ., I would allow the appeal, but on narrower grounds that focus on the Crown's case against the appellant as framed by its indictment and developed at trial.

In my respectful view, the Court of Appeal disregarded those constraints.

The appellant was charged under s. 88 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the Court of Appeal convicted him, in effect, for conduct prohibited by s. 90, a separate and different offence.

Moreover, the conviction entered by the Court of Appeal largely rests, as we shall see, on a critical — and impermissible — conclusion of fact diametrically opposed to the trial judge's finding on that very issue.

It is essentially for these reasons that I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal ((2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92), and restore the acquittal entered at trial.

II. Indictment and Proceedings at Trial

The appellant was charged with second degree murder and, incidentally, with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. I say "incidentally", because it is apparent from the record that the appellant, but for his assailant's death, would never have been charged with the weapons offence for which he was convicted in the Court of Appeal.

In the words of the trial judge:

The accused is charged with second degree murder and possession of a weapon for [a] purpose dangerous to the public peace as a result of Mr. Garon's death. There

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH —

I. Aperçu

À l'instar des juges Bastarache et LeBel, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, mais pour des motifs plus restreints axés sur les allégations du ministère public contre l'appelant telles qu'encadrées par l'acte d'accusation et développées au procès.

À mon humble avis, la Cour d'appel n'a pas tenu compte de ces contraintes.

L'appelant a été accusé en vertu de l'art. 88 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La Cour d'appel l'a déclaré coupable, en fait, d'un acte prohibé par l'art. 90, une infraction distincte et différente.

De plus, comme nous le verrons, la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel repose dans une large mesure sur une conclusion de fait décisive — et inadmissible — diamétralement opposée à celle tirée par le juge du procès à l'égard de la même question.

C'est essentiellement pour ces motifs que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel ((2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92) et de rétablir l'acquittal prononcé au procès.

II. L'acte d'accusation et le procès

L'appelant a été accusé de meurtre au deuxième degré et, accessoirement, de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Je dis « accessoirement » parce qu'il ressort du dossier que, n'eût été le décès de son assaillant, l'appelant n'aurait jamais été accusé de l'infraction relative aux armes pour laquelle la Cour d'appel l'a déclaré coupable.

Je cite le juge du procès :

[TRADUCTION] L'accusé doit répondre à une accusation de meurtre au deuxième degré et une accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux

97

98

99

100

101

102

103

is no doubt that Mr. Garon's death was caused by the accused. There is no doubt that the death was the result of a stab wound to the head delivered by the accused. There is no doubt that the other wounds suffered by Mr. Garon prior to his death, although serious and not necessarily life threatening, were delivered by the accused.

The Crown's case is that the accused went to B Unit servery on January 16th, 2000, anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge. [Emphasis added.]

104

The trial judge noted in this regard that the Crown's key witness was another inmate; that the accused had testified in his own defence; and that "credibility is a key issue in this proceeding". And he resolved this issue in the appellant's favour:

This is a case where I accept the accused's evidence that he was defending himself against what he perceived to be a lethal attack. His evidence is compelling and consistent with the physical evidence at the scene and the observations of the other witnesses.

Mr. Kerr believed his life was under attack, and that appears to be a perfectly justified conclusion at the time of these events. The fact that Mr. Kerr's injuries turned out to be relatively minor is lucky for him, but not relevant to his right to defend against what appeared [to be] an armed attack on his life. In those circumstances, the actions of the accused were taken in self-defence and justified. [Emphasis added.]

105

I pause here to emphasize the significance of this finding of justification with respect to both counts, for reasons to be later explained.

106

Pursuant to s. 34(2) of the *Code*:

34. . . .

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with

pour la paix publique à la suite du décès de M. Garon. Il ne fait pas de doute que c'est l'accusé qui a causé la mort de M. Garon, que le décès résulte de la blessure à la tête infligée par l'accusé avec un couteau, et que les autres blessures graves mais non nécessairement fatales subies par M. Garon avant de mourir ont été infligées par l'accusé.

Le ministère public propose que, le 16 janvier 2000, l'accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu'il s'est rendu à la salle à manger de l'unité B et s'est armé pour repousser l'attaque. [Je souligne.]

Le juge du procès a fait remarquer à cet égard que le témoin principal du ministère public était un autre détenu, que l'accusé avait témoigné pour sa propre défense et que [TRADUCTION] « la crédibilité est une question clé dans la présente instance ». Et il a tranché la question en faveur de l'appelant :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, j'accepte le témoignage de l'accusé selon lequel il s'était défendu contre ce qu'il avait perçu comme étant une attaque mortelle. Son témoignage est convaincant et compatible avec les éléments de preuve matérielle trouvés sur les lieux et les observations des autres témoins.

M. Kerr croyait que sa vie était menacée et il appert que cette conclusion était on ne peut plus fondée au moment de ces événements. Il est heureux pour M. Kerr que ses blessures aient été en fin de compte relativement mineures, mais cela n'a rien à voir avec son droit de se défendre contre ce qui paraissait être une agression armée mettant en danger sa vie. Dans ces circonstances, l'accusé a agi en légitime défense et ses actes étaient justifiés. [Je souligne.]

J'ouvre ici une parenthèse pour souligner l'importance, à l'égard des deux chefs, comme je l'explique plus loin, de cette conclusion selon laquelle l'accusé avait une justification.

Le paragraphe 34(2) du *Code* prévoit ce qui suit :

34. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si :

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque

which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Here, the trial judge found that both conditions were established by the evidence. He concluded that the appellant was therefore justified in causing the death of his assailant. The appellant was on this ground quite properly acquitted of murder and his acquittal on that count is no longer in issue.

The trial judge then turned his attention to the second count, for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1).

The trial judge recognized that the possession of a weapon for purposes of self-defence does not necessarily make the possession lawful. In this case, he said, the appellant had possession of his weapon, as I mentioned earlier, “to deter first strike and defend against it should it become necessary”. Taking into account all of the circumstances and applying *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), the judge concluded that the appellant was not guilty of the offence charged.

III. Proceedings on Appeal

The Crown appealed both acquittals on three grounds. The first underlines the accessory nature of the weapons charge:

That the learned trial judge erred in law when he ruled that the respondent’s belief that he had no alternative course of action open to him at the time but to arm himself with lethal concealed weapons in preparation to kill or be killed in the event of a perceived or actual assault was objectively reasonable in the circumstances, and therefore erred in law in considering the defence of self defence. [Emphasis added.]

The Court of Appeal rejected this ground and confirmed the appellant’s acquittal of murder.

lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l’attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l’assaillant poursuit son dessein;

b) d’autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu’il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

À cet égard, le juge du procès a estimé que la preuve établissait les deux conditions. Il a conclu que l’appellant était par conséquent justifié d’avoir causé la mort de son assaillant. Pour cette raison, l’appellant a été à juste titre acquitté du meurtre et cet acquittement n’est plus en litige.

Le juge du procès a ensuite examiné le second chef, qui vise la possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention du par. 88(1).

Le juge du procès a reconnu que la possession d’une arme pour se défendre ne rend pas nécessairement cette possession licite. Comme je l’ai déjà mentionné, il a dit que, en l’espèce, l’appellant était en possession d’une arme [TRADUCTION] « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». Prenant en considération l’ensemble des circonstances et appliquant l’arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), le juge a conclu que l’appellant n’était pas coupable de l’infraction.

III. L’instance devant la Cour d’appel

Le ministère public a interjeté appel des deux acquittements en invoquant trois moyens. Le premier met en évidence la nature accessoire du chef d’accusation relatif aux armes :

[TRADUCTION] Le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant qu’il était objectivement raisonnable dans les circonstances que l’intimé ait cru qu’il n’avait à ce moment-là d’autre choix que de se munir d’armes meurtrières dissimulées pour se préparer à tuer ou à être tué dans l’éventualité d’une attaque appréhendée ou réelle, et il a donc commis une erreur de droit en examinant le moyen de défense fondé sur la légitime défense. [Je souligne.]

La Cour d’appel a rejeté ce moyen et a confirmé l’acquittement de l’appellant à l’égard de l’accusation de meurtre.

107

108

109

110

111

112 The Crown's second and third grounds both focussed on the appellant's possession of a concealed weapon. In allowing the appeal on these grounds, the Court of Appeal stated (at para. 30):

It is trite that prisoners at the Edmonton Institution are precluded from possessing weapons of any kind for any purpose. A weapon openly brandished would be immediately confiscated and the offender charged with a disciplinary offence under the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1985, c. P-20. In my opinion, the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*. That is because there is an arguable distinction between possession of a weapon for defensive purposes, say in one's own home where concealment is unnecessary, and possession of a weapon in a penitentiary setting. The very fact of concealment is sufficient to establish the ingredients of the crime set out in s. 90. Even if the intended purpose is self-defence, concealment of a weapon is itself a crime and the unlawful purpose is thereby made out. Had it been the Respondent's intention to deter the apprehended attack, it was open to him to display his weapons to the deceased in a timely manner. The act of concealment rendered it more likely that there would be a breach of the peace. While concealment facilitated the Respondent's counter-attack, it also contributed to an already dangerous situation of which the Respondent was fully aware. The decision to conceal his weapons evidences the Respondent's choice of reprisal over deterrence. His unlawful purpose, one that is dangerous to the public peace, is thereby made out. [Emphasis added.]

IV. Discussion

113 The appellant was charged under s. 88. He was not charged under s. 90, a separate and different offence.

114 Section 88 prohibits the possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Section 90, on the other hand, makes it an offence to carry a concealed weapon, whatever the purpose, unless authorized under the governing statute.

115 In concluding that the appellant was not guilty under s. 88, the trial judge relied on *Nelson*, *supra*. He committed no error in that regard.

116 Delivering the reasons of the majority in *Nelson*, Gale C.J.O. stated (at p. 31):

Les deuxième et troisième moyens du ministère public visaient tous deux la possession par l'appellant d'une arme dissimulée. En faisant droit à l'appel sur ces fondements, la Cour d'appel a affirmé (par. 30) :

[TRADUCTION] Il est bien établi que les prisonniers de l'établissement d'Edmonton n'ont pas le droit d'avoir en leur possession des armes, quelles qu'elles soient et à quelque fin que ce soit. Une arme brandie ouvertement serait immédiatement confisquée et le détenu serait accusé d'une infraction disciplinaire en vertu de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. 1985, ch. P-20. À mon avis, le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel*. En effet, on pourrait faire une distinction entre la possession d'une arme pour se défendre, par exemple à la maison où la dissimulation est inutile, et la possession d'une arme dans un établissement pénitentiaire. La dissimulation est en soi suffisante pour établir les éléments constitutifs du crime prévu à l'art. 90. Même lorsque la fin poursuivie est la légitime défense, la dissimulation d'une arme constitue en soi un crime, et le dessein illicite est par le fait même prouvé. Si l'intimé avait voulu prévenir l'attaque appréhendée, il aurait pu montrer ses armes à la victime en temps utile. La dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix. Si la dissimulation avait facilité la contre-attaque de l'intimé, elle avait également contribué à une situation déjà périlleuse dont il avait pleinement conscience. La décision de dissimuler ses armes montre que l'intimé avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion. Son dessein illicite, à savoir son dessein dangereux pour la paix publique, est par le fait même prouvé. [Je souligne.]

IV. Analyse

L'appellant a été accusé en vertu de l'art. 88. Il n'a pas été accusé en vertu de l'art. 90, une infraction distincte et différente.

L'article 88 interdit la possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Par contre, l'art. 90 interdit à quiconque de porter pour quelque raison que ce soit une arme dissimulée sans y être autorisé en vertu de la loi applicable.

En concluant que l'appellant n'était pas coupable en vertu de l'art. 88, le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *Nelson*, précité. Il n'a pas commis d'erreur à cet égard.

Dans ses motifs au nom de la majorité dans l'arrêt *Nelson*, le juge en chef Gale a écrit (p. 31) :

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

I agree with this statement of the law.

On a prosecution under s. 88, the relevant purpose is that of the accused. Any statement by the accused as to the purpose of the possession is therefore admissible and entitled to appropriate weight. It is not, however, conclusive. The court must consider all of the evidence, including the declared purpose, in determining the real purpose for which the accused had possession of the weapon at the relevant time. And the court, bearing in mind all of the circumstances, must then determine whether that purpose was “dangerous to the public peace” within the meaning of s. 88.

That is precisely what the trial judge did here. He took into account all of the relevant factors and, in my view, was entitled to decide as he did.

The Court of Appeal reached a different result.

As its reasons make plain, the Court of Appeal in effect found the appellant guilty under s. 88, the offence with which he was charged, because he had in the Court’s view committed an offence under s. 90, with which he was never charged.

Moreover, in dealing with the critical issue of the appellant’s purpose in possessing the weapon, the Court of Appeal impermissibly substituted its own view of the evidence for the opposite finding of the trial judge. The trial judge, taking into account all of the evidence, concluded that the appellant had the

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est *un* facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Je souscris à cet énoncé du droit.

Dans une poursuite fondée sur l’art. 88, le dessein pertinent est celui de l’accusé. Toute déclaration de celui-ci au sujet de l’intention sous-jacente à la possession est par conséquent admissible et peut être appréciée comme il se doit. Une telle déclaration n’est cependant pas décisive. Le tribunal doit examiner l’ensemble de la preuve, y compris l’intention exprimée, pour déterminer l’intention réelle sous-jacente à la possession de l’arme par l’accusé au moment en cause. En tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal doit ensuite déterminer si ce dessein était « dangereux pour la paix publique » au sens de l’art. 88.

C’est précisément ce que le juge du procès a fait en l’espèce. Il a pris en considération tous les facteurs pertinents et à mon avis, il pouvait trancher comme il l’a fait.

La Cour d’appel est arrivée à un résultat différent.

Comme ses motifs l’indiquent clairement, la Cour d’appel a en fait déclaré l’appellant coupable de l’infraction dont il était accusé en vertu de l’art. 88 parce qu’il avait, de l’avis de la Cour, commis une infraction prévue à l’art. 90, une infraction dont il n’a jamais été accusé.

De plus, lorsqu’elle a examiné la question cruciale de l’intention qu’avait l’appellant alors qu’il possédait l’arme, la Cour d’appel a à tort substitué sa propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès, qui était arrivé à une conclusion opposée. Tenant compte de l’ensemble de la preuve, le juge

117

118

119

120

121

122

weapon in his possession “to deter first strike and defend against it should it become necessary”. In convicting the appellant, the Court of Appeal held, on the contrary, that “[t]he [appellant’s] decision to conceal his weapons evidences [his] choice of reprisal over deterrence” (para. 30). His unlawful purpose, said the Court, was “thereby made out” (para. 30 (emphasis added)).

123 These errors, in my respectful view, are fatal to
the decision of the Court of Appeal.

124 I add these observations.

125 The Crown’s case against the appellant, again quoting the trial judge, was “that the accused went to B Unit serverly on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge” (emphasis added). Before the Court of Appeal, the Crown alleged that the trial judge had erred in finding reasonable the appellant’s belief “that he had no alternative course of action open to him at the time but to arm himself with lethal concealed weapons in preparation to kill or be killed in the event of a perceived or actual assault” (emphasis added).

126 The trial judge, as we saw earlier, concluded that the appellant met both requirements under s. 34(2): he had acted under reasonable apprehension of death and he believed, on reasonable grounds, that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm. The Court of Appeal found that there was “ample evidence” to support this finding.

127 It has thus been finally decided that the appellant was justified in defending himself as he did with the weapon he had in his possession for that purpose. The trial judge acquitted him of murder on that ground and the Court of Appeal affirmed his acquittal on that very basis.

128 On any view of the matter, it appears to me incongruous to then convict the appellant on a charge of possession of that weapon, on that

du procès a conclu que l’appelant avait l’arme en sa possession [TRADUCTION] « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». En déclarant l’appelant coupable, la Cour d’appel a au contraire conclu que [TRADUCTION] « [l]a décision [de l’appelant] de dissimuler ses armes montre qu’il avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30). Son dessein illicite, a dit la cour, était [TRADUCTION] « par le fait même prouvé » (par. 30 (je souligne)).

En toute déférence, j’estime que ces erreurs vicient la décision de la Cour d’appel.

J’ajoute quelques observations.

Pour reprendre encore une fois les termes du juge du procès, le ministère public allègue que [TRADUCTION] « le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque » (je souligne). Devant la Cour d’appel, le ministère public a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en estimant qu’il était raisonnable que l’appelant ait cru « qu’il n’avait à ce moment-là d’autre choix que de se munir d’armes mortelles dissimulées pour se préparer à tuer ou à être tué dans l’éventualité d’une attaque appréhendée ou réelle » (je souligne).

Comme nous l’avons vu précédemment, le juge du procès a conclu que l’appelant a satisfait aux deux exigences du par. 34(2) : il a agi parce qu’il avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort, et il croyait, pour des motifs raisonnables, qu’il ne pouvait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. La Cour d’appel a estimé que la preuve étayait [TRADUCTION] « amplement » cette conclusion.

Il a ainsi été définitivement statué que l’appelant était justifié de se défendre comme il l’a fait avec l’arme qu’il avait en sa possession dans ce dessein. Le juge du procès l’a acquitté de l’accusation de meurtre pour ce motif et la Cour d’appel a confirmé l’acquittement sur ce même fondement.

Quel que soit l’angle sous lequel j’envisage l’affaire, il me paraît incongru que la Cour d’appel ait ensuite déclaré l’appelant coupable de

occasion, for that purpose. And, with the greatest of respect, I believe it was plainly wrong to convict him because the weapon in his possession was concealed — a separate and different offence, with which he was not charged — particularly after noting that “[a] weapon openly brandished would be immediately confiscated” (para. 30).

It is true that the appellant had possession of the weapon on earlier occasions as well. But he was not charged with that here. The charge under s. 88 of the *Criminal Code* bears the same date as the count for murder. And the Crown’s case at trial was, again in the words of the trial judge, “that the accused went to B Unit servery on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge”.

The appellant cannot properly stand convicted under s. 88 because he violated that section on other occasions. Nor can he stand convicted because he violated another section of the *Code* on the occasion that concerns us here.

V. Conclusion

This case arose in unacceptable conditions of violence that, at least at the time, characterized the Edmonton Institution, a maximum security penitentiary. The possession of concealed weapons by prisoners was then a fact of life — and sometimes, as in this case, of death. I share the concern of all who care, and am particularly mindful of the dangers to which prison guards are daily exposed.

But those deplorable conditions, and our inability as judges to eradicate them, should in no way deflect our attention from the legal issues on which this case turns.

possession de cette arme à cette occasion et dans ce dessein. En outre et avec égards, j’estime qu’il était clairement erroné de reconnaître l’appelant coupable pour le motif que l’arme en sa possession était dissimulée — une infraction distincte et différente pour laquelle il n’était pas accusé — particulièrement après que la cour eût fait remarquer qu’[TRADUCTION] « [u]ne arme brandie ouvertement serait immédiatement confisquée » (par. 30).

Il est vrai que l’appelant avait déjà eu l’arme en sa possession à d’autres occasions. Mais ce n’est pas ce dont il a été accusé en l’espèce. L’accusation portée en vertu de l’art. 88 du *Code criminel* vise la même date que l’accusation de meurtre. Et le fondement de la poursuite selon le ministère public était, pour reprendre une fois de plus les termes du juge de première instance, que [TRADUCTION] « le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque ».

On ne peut à bon droit maintenir la déclaration de culpabilité de l’appelant fondée sur l’art. 88 au motif qu’il a, à d’autres occasions, enfreint cet article. On ne peut pas non plus maintenir la déclaration de culpabilité parce qu’il a contrevenu à un autre article du *Code* lors de l’incident qui nous intéresse en l’espèce.

V. Conclusion

La présente affaire a pris naissance dans la situation de violence inacceptable qui caractérisait, du moins à l’époque, l’établissement d’Edmonton, un pénitencier à sécurité maximale. La possession par les prisonniers d’armes dissimulées était alors une réalité — et parfois, comme en l’espèce, une cruelle réalité. Je partage l’inquiétude de tous ceux qui s’en préoccupent, et j’ai particulièrement à l’esprit les dangers auxquels sont quotidiennement exposés les gardiens de prison.

Mais ces conditions déplorables et notre incapacité, en tant que juges, à les éradiquer ne devraient toutefois pas détourner notre attention des points de droit en litige dans la présente affaire.

129

130

131

132

133 For the reasons given, I would resolve those issues in the appellant's favour, allow the appeal, set aside the conviction entered in the Court of Appeal, and restore the appellant's acquittal at trial.

Appeal allowed, BINNIE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher ces questions en faveur de l'appelant, d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement de l'appelant prononcé au procès.

Pourvoi accueilli, le juge BINNIE est dissident.

Procureurs de l'appelant : Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Canadian Association of Internet Providers, Canadian Cable Television Association, Bell ExpressVu, Telus Communications Inc., Bell Canada, Aliant Inc. and MTS Communications Inc.
Appellants/Respondents on cross-appeal

v.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Internet Commerce Coalition, European Telecommunications Network Operators' Association, European Internet Service Providers' Association, Australian Internet Industry Association, Telecom Services Association, U.S. Internet Industry Association, Canadian Recording Industry Association and International Federation of Phonogram Industry *Intervenors*

INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS

Neutral citation: 2004 SCC 45.

File No.: 29286.

2003: December 3; 2004: June 30.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Extraterritorial application of laws — Parliament's legislative competence to enact laws having extraterritorial effect — Presumption that Parliament did not intend to do so in absence of clear words or necessary implication to contrary.

Association canadienne des fournisseurs Internet, Association canadienne de télévision par câble, Bell ExpressVu, Telus Communications Inc., Bell Canada, Aliant Inc. et MTS Communications Inc. *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*

c.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

Internet Commerce Coalition, European Telecommunications Network Operators' Association, European Internet Service Providers' Association, Australian Internet Industry Association, Telecom Services Association, U.S. Internet Industry Association, Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et International Federation of Phonogram Industry *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET

Référence neutre : 2004 CSC 45.

N^o du greffe : 29286.

2003 : 3 décembre; 2004 : 30 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Extraterritorialité des lois — Pouvoir du Parlement d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale — En l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire à l'effet contraire, le législateur est présumé ne pas avoir voulu conférer une portée extraterritoriale à une loi.

Copyright — Applicability of copyright legislation — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service Providers — Whether real and substantial connection to Canada sufficient to support application of Copyright Act.

Copyright — Infringement — Communication to public by telecommunication — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service Providers — Copyright Act deeming participants in telecommunication that provide only means of telecommunication not to be communicators — Whether Internet Service Providers providing solely a conduit for information communicated by others can claim benefit of s. 2.4(1)(b) of Copyright Act — Whether Internet Service Providers impart or transmit copyrighted music and thereby infringe copyright — Whether creation of “cache” of Internet material, even for a purely technical reason, infringes copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2.4(1)(b).

This appeal raises the question of who should compensate musical composers and artists for their Canadian copyright in music downloaded in Canada from a foreign country via the Internet.

The respondent is a collective society which administers in Canada the copyright in music of Canadian members and foreign members of counterpart societies. The respondent wants to collect royalties from Internet Service Providers located in Canada because, it argues, they infringe the copyright owner's exclusive statutory right to communicate the work to the public by telecommunication and to authorize such communication. The appellants represent a broad coalition of Canadian Internet Service Providers. They argue that they neither “communicate” nor “authorize” anyone to communicate musical works because they are merely a conduit and do not regulate the content of the Internet communications which they transmit.

In 1988 Parliament added what is now known as s. 2.4(1)(b) to the *Copyright Act* which provides that persons who only supply “the means of telecommunication necessary for another person to so communicate” are not themselves to be considered parties to an infringing communication.

Droit d'auteur — Applicabilité de la législation sur le droit d'auteur — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — L'existence d'un lien réel et important avec le Canada suffit-elle pour que s'applique la Loi sur le droit d'auteur?

Droit d'auteur — Violation — Communication au public par télécommunication — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — Suivant la Loi sur le droit d'auteur, le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir les moyens de télécommunication n'est pas réputé en être l'auteur — Le fournisseur de services Internet qui se contente d'être un agent permettant à autrui de communiquer bénéficie-t-il de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi sur le droit d'auteur? — Le fournisseur de services Internet fait-il connaître ou transmet-il une œuvre musicale protégée et viole-t-il de ce fait le droit d'auteur? — La création d'une antémémoire, même pour des raisons purement techniques, viole-t-elle le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2.4(1)(b).

Le présent pourvoi soulève la question de savoir qui doit verser des redevances aux artistes et aux compositeurs titulaires du droit d'auteur canadien sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d'un autre pays au moyen de l'Internet.

L'intimée est une société de gestion qui gère au Canada les droits d'auteur sur les œuvres musicales de ses membres canadiens et des membres étrangers de sociétés homologues. Elle veut percevoir des redevances auprès des fournisseurs de services Internet situés au Canada parce que, selon elle, ils violeraient le droit exclusif conféré par la loi au titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public par télécommunication et d'autoriser une telle communication. Les appelantes représentent une vaste coalition de fournisseurs canadiens de services Internet. Elles font valoir qu'elles ne « communiquent » pas d'œuvres musicales ni n'« autorisent » leur communication puisqu'elles ne sont que des agents et ne réglementent pas le contenu des communications Internet qu'elles transmettent.

En 1988, le Parlement a ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur* la disposition antérieure à l'actuel al. 2.4(1)(b) prévoyant que la personne qui ne fait que fournir « à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci [e]ffectue [une communication] » n'est pas elle-même partie à une communication illicite.

In 1995, the respondent applied to the Copyright Board for approval of Tariff 22 which proposed the amount and allocation of the royalty. The Board convened a hearing to determine which activities on the Internet attract liability under the tariff. The Board held that copyright liability attaches to content providers but that the normal activities of Internet Service Providers other than the content providers did not constitute “a communication” for the purpose of the *Copyright Act* and thus fall within the protection of s. 2.4(1)(b). Even where the intermediary does more than act as a conduit, the Board held that no copyright liability is incurred in Canada unless the communication originates from a server located in Canada (except perhaps if the content provider has “the intention to communicate it specifically to recipients in Canada”).

The Federal Court of Appeal found that copyright may be imposed in respect of any telecommunication that has a real and substantial connection with Canada, and is not restricted only to an Internet communication from a host server located in Canada. The Board’s exclusion of the appellants from copyright liability where they perform a pure intermediary function was upheld. However, the majority held that where an Internet Service Provider in Canada creates a “cache” of Internet material, even for purely technical reasons, they no longer act as a mere intermediary and thus become a participant in the copyright infringement and are liable to that extent under Tariff 22. The dissenting judge agreed with the Board that to cache for the purpose of enhancing Internet economy and efficiency did not constitute infringement.

Held: The appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ.: The capacity of the Internet to disseminate works of the arts and intellect is one of the great innovations of the information age. Its use should be facilitated rather than discouraged, but this should not be done unfairly at the expense of the creator of the works. The Internet presents a particular challenge to national copyright laws, which are typically territorial in nature.

By enacting s. 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, Parliament made a policy distinction between those who use the Internet to supply or obtain content such as “cheap music” and those who are part of the infrastructure of the Internet itself. Parliament decided that there is

En 1995, l’intimée a demandé à la Commission du droit d’auteur d’homologuer le tarif 22 proposant le paiement d’une redevance d’un certain montant. La Commission a tenu des audiences pour déterminer quelles activités Internet emportaient l’obligation de payer la redevance prévue par le tarif. La Commission a statué que le fournisseur de contenu pouvait être contraint au versement d’une redevance, mais que les activités habituelles d’un fournisseur de services Internet autre qu’un fournisseur de contenu ne constituaient pas une « communication » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et, par conséquent, jouissaient de la protection de l’al. 2.4(1)b). Même lorsque l’intermédiaire est davantage qu’un simple agent, la Commission a conclu à l’absence de violation du droit d’auteur au Canada à moins que la communication ne provienne d’un serveur situé au Canada (sauf peut-être si le fournisseur du contenu a « l’intention de le communiquer précisément à des destinataires au Canada »).

La Cour d’appel fédérale a estimé qu’une redevance peut être exigée chaque fois qu’une télécommunication a un lien réel et important avec le Canada et non seulement lorsqu’une communication Internet provient d’un serveur hôte se trouvant au Canada. Elle a confirmé la décision de la Commission selon laquelle les appelantes ne violaient pas le droit d’auteur lorsqu’elles agissaient uniquement à titre d’intermédiaires. Les juges majoritaires ont cependant statué que le fournisseur de services Internet au Canada qui crée une « antémémoire », même pour des raisons purement techniques, n’est plus un simple intermédiaire, mais participe à la violation du droit d’auteur et est assujéti à cet égard au tarif 22. La juge dissidente a convenu avec la Commission que la mise en antémémoire dans le but d’améliorer l’efficacité des communications Internet et d’en réduire le coût ne constitue pas une violation du droit d’auteur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie; le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish : La possibilité de diffuser des œuvres artistiques et intellectuelles grâce à l’Internet est l’une des grandes innovations de l’ère de l’information. Le recours à l’Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des créateurs. L’Internet représente un véritable défi pour les lois nationales sur le droit d’auteur qui, de par leur nature même, s’appliquent habituellement dans des territoires donnés.

En adoptant l’al. 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur a fait une distinction de principe entre ceux qui utilisent l’Internet pour fournir ou se procurer du contenu, notamment de la musique à peu de frais, et ceux qui font partie de l’infrastructure Internet

a public interest in encouraging intermediaries that make telecommunications possible to expand and improve their operations without the threat of copyright infringement. Section 2.4(1)(b) indicates that in Parliament's view, Internet intermediaries are not "users" at all, at least for purposes of the *Copyright Act*.

A telecommunication occurs when music is transmitted from the host server to the end user. An Internet communication that crosses one or more national boundaries "occurs" in more than one country, at a minimum, the country of transmission and the country of reception. To occur in Canada, a communication need not originate from a server located in Canada. To the extent that the Board concluded that a communication that does not originate in Canada cannot be said to occur in Canada, it erred. To hold otherwise would not only fly in the face of the ordinary use of language, but would have serious consequences in other areas of law relevant to the Internet.

The applicability of the *Copyright Act* to communications that have international participants will depend on whether there is a sufficient connection between this country and the communication in question for Canada to apply its laws consistently with the principles of order and fairness. A real and substantial connection to Canada is sufficient to support the application of our *Copyright Act* to international Internet transmissions in a way that will accord with international comity.

In terms of the Internet, relevant connecting factors would include the *situs* of the content provider, the host server, the intermediaries and the end user. The weight to be given to any particular factor will vary with the circumstances and the nature of the dispute. The conclusion that Canada could exercise copyright jurisdiction in respect both of transmissions originating here, and transmissions originating abroad but received here, is not only consistent with our general law but with both national and international copyright practice.

It is a different issue, however, whether Canada intended to exercise its copyright jurisdiction to impose copyright liability on every participant in an Internet communication with "a real and substantial connection" to Canada. This latter issue raises questions of statutory interpretation of the *Copyright Act*.

Section 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* provides that participants in a telecommunication who only provide "the means of telecommunication necessary" are deemed

comme telle. Le législateur a décidé qu'il est dans l'intérêt du public d'encourager les intermédiaires, qui rendent les télécommunications possibles, à étendre et à développer leurs activités sans s'exposer au risque de violer le droit d'auteur. L'alinéa 2.4(1)(b) indique que, de l'avis du législateur, les intermédiaires Internet ne sont pas du tout des « utilisateurs », à tout le moins pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Il y a télécommunication lors de la transmission de l'œuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final. La communication Internet qui franchit une ou plusieurs frontières nationales « se produit » dans plus d'un pays, soit à tout le moins dans le pays de transmission et dans le pays de réception. Point n'est besoin qu'une communication provienne d'un serveur situé au Canada pour qu'elle se produise au Canada. La Commission a eu tort de conclure qu'une communication qui ne provient pas du Canada ne se produit pas au Canada. Conclure en sens contraire irait non seulement à l'encontre du sens ordinaire des mots, mais aurait de graves conséquences dans d'autres domaines de l'application de la loi à l'Internet.

L'applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d'autres pays dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux principes d'ordre et d'équité. L'existence d'un lien réel et important avec le Canada suffit pour que notre *Loi sur le droit d'auteur* s'applique aux transmissions Internet internationales conformément au principe de la courtoisie internationale.

En ce qui concerne l'Internet, le facteur de rattachement pertinent est le *situs* du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final. L'importance à accorder à l'un d'eux en particulier varie selon les circonstances de l'affaire et la nature du litige. La conclusion selon laquelle le Canada pourrait exercer sa compétence en matière de droits d'auteur à l'égard tant des transmissions effectuées au pays que de celles provenant de l'étranger est conforme non seulement à notre droit général, mais aussi aux pratiques nationales et internationales en la matière.

C'est une autre question, toutefois, que celle de savoir si l'intention du législateur canadien était d'exercer sa compétence en matière de droits d'auteur de façon à contraindre au versement de redevances tout participant à une communication Internet ayant « un lien réel et important » avec le Canada. Le règlement de cette deuxième question exige l'interprétation des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir « les moyens de télécommunication

not to be communicators. The provision is not a loophole but is an important element of the balance struck by the statutory copyright scheme. The words of s. 2.4(1)(b) must be read in their ordinary and grammatical sense in the proper context. In this context, the word “necessary” is satisfied if the means are reasonably useful and proper to achieve the benefits of enhanced economy and efficiency. The “means” include all software connection equipment, connectivity services, hosting and other facilities and services without which such communication would not occur. So long as an Internet intermediary does not itself engage in acts that relate to the content of the communication, but confines itself to providing “a conduit” for information communicated by others, then it will fall within s. 2.4(1)(b). The attributes of such a “conduit” include a lack of actual knowledge of the infringing contents, and the impracticality (both technical and economic) of monitoring the vast amount of material moving through the Internet. However, the protection provided by s. 2.4(1)(b) relates to protected functions, not to all of the potential activities of an Internet Service Provider.

A content provider is not immune from copyright liability by virtue only of the fact that it employs a host server outside the country. Conversely, a host server does not attract liability just because it is located in Canada. The liability of a host server should be determined by whether or not the host server limits itself to “a conduit” (or content-neutral) function and thereby qualifies for protection under s. 2.4(1)(b).

The creation of a “cache” copy is a serendipitous consequence of improvements in Internet technology, is content neutral, and in light of s. 2.4(1)(b) of the Act ought not to have any legal bearing on the communication between the content provider and the end user. “Caching” is dictated by the need to deliver faster and more economic service, and should not, when undertaken only for such technical reasons, attract copyright liability and therefore comes within the shelter of s. 2.4(1)(b). The Board’s view is correct and its decision in that regard should be restored.

An Internet Service Provider’s knowledge that someone might be using content-neutral technology to violate copyright is not necessarily sufficient to constitute authorization, which requires a demonstration that the defendant did give approval to, sanction, permit, favour, or encourage the infringing conduct. Notice of infringing content, and a failure to respond by “taking it down”, may in some circumstances lead to a finding of “authorization”. Therefore, authorization could be inferred in a proper case, but all would depend on the facts.

nécessaires » n’est pas réputé en être l’auteur. Cette disposition n’est pas une échappatoire, mais un élément important de l’équilibre établi par le régime législatif en cause. Il faut interpréter les termes qu’elle emploie dans leur sens ordinaire et grammatical, selon le contexte. Dans le contexte considéré, un moyen est « nécessaire » s’il est raisonnablement utile et approprié pour l’obtention des avantages que sont une économie et une efficacité accrues. Les « moyens » englobent tous les logiciels de connexion, les services assurant la connectivité, les installations et services offrant l’hébergement sans lesquels la communication n’aurait pas lieu. L’intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, mais qui se contente d’être « un agent » permettant à autrui de communiquer, bénéficie de l’application de l’al. 2.4(1)(b). Ce qui caractérise entre autres un tel « agent », c’est l’ignorance du contenu attentatoire et l’impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme de fichiers circulant sur l’Internet. Toutefois, la protection prévue à l’al. 2.4(1)(b) s’applique à une fonction protégée, et non à toute activité possible d’un fournisseur de services Internet.

Le fournisseur de contenu n’échappe pas à l’application des dispositions sur le droit d’auteur du seul fait qu’il utilise un serveur hôte situé à l’étranger. À l’inverse, un serveur hôte n’est pas assujéti à ces dispositions seulement parce qu’il est situé au Canada. La responsabilité du serveur hôte doit être déterminée par le fait qu’il se limite ou non au rôle d’« agent » (ou n’a aucune incidence sur le contenu); dans l’affirmative, il bénéficie de la protection prévue à l’al. 2.4(1)(b).

L’antémémoire est une belle invention issue du progrès de la technologie Internet, elle n’a aucune incidence sur le contenu et, au vu de l’al. 2.4(1)(b) de la Loi, elle ne devrait avoir aucun effet juridique sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l’utilisateur final. La « mise en antémémoire » est dictée par la nécessité d’offrir un service plus rapide et plus économique. Elle ne devrait pas emporter la violation du droit d’auteur lorsqu’elle a lieu uniquement pour de telles raisons techniques et bénéficie donc de la protection prévue à l’al. 2.4(1)(b). La Commission avait raison sur ce point, et sa décision doit être rétablie à cet égard.

Le fait qu’un fournisseur de services Internet sache que quelqu’un pourrait violer le droit d’auteur grâce à une technologie sans incidence sur le contenu n’équivaut pas nécessairement à autoriser cette violation, car il faut démontrer que l’intéressé a approuvé, sanctionné, permis, favorisé ou encouragé le comportement illicite. L’omission de « retirer » un contenu illicite après avoir été avisé de sa présence peut, dans certains cas, être considérée comme une « autorisation ». Celle-ci peut parfois être inférée, mais tout dépend des faits.

The *Copyright Act* is often presented as “a balance” between the rights of those who create works of the arts and the intellect and those who wish to use such works. However, the balance is only tangentially at issue here because Parliament has expressed the view in s. 2.4(1)(b) that those who provide internet infrastructure are not properly to be considered “users” of such works for purposes of the Act.

Per LeBel J.: Except for the analysis of the appropriate test for determining the location of an Internet communication under the *Copyright Act*, the judgment of the majority and the disposition of the appeal is agreed to. Parliament’s power to legislate with extraterritorial effect is well-settled as a matter of Canadian law. However, it is a common law presumption that Parliament does not intend legislation to apply extraterritorially. The presumption is rebuttable where the contrary intention is expressly stated or implied by the legislation. Nothing in the *Copyright Act* impliedly gives s. 3(1)(f) extraterritorial effect, particularly given the principle of territoriality of copyright law. Therefore, given that Parliament did not intend the Act to have effect outside Canada, an Internet communication only occurs within Canada where it originates from a host server located in Canada. In this way, the copyright works physically exist within Canadian territory and thus attract the protection of s. 3(1)(f). This test for determining the *situs* of a communication, which is the location of the host server, has the virtue of simplicity; it best accords with the principle of territoriality and harmonizes our copyright law with international treaty principles, and it diminishes privacy concerns. It is also sound from an operational perspective and it provides the requisite predictability and best accords with the meaning and purpose of the Act.

By contrast, importing the real and substantial connection test that was developed in a very different context is inappropriate to determine whether a communication occurred within Canada. The real and substantial connection test was developed to deal with the exigencies of the Canadian federation and should not be lightly transposed as a rule of statutory construction. The real and substantial connection test is not a principle of legislative jurisdiction; it applies only to courts. Furthermore, it is inconsistent with the territoriality principle and its use should not be understood as a limit on Parliament’s power to legislate with extraterritorial effect. There is also a danger that this approach could also result in a layering of royalty obligations between states.

On dit souvent de la *Loi sur le droit d’auteur* qu’elle établit « un équilibre » entre les droits de ceux qui créent des œuvres artistiques et intellectuelles et ceux des personnes désireuses d’utiliser ces œuvres. Le présent pourvoi ne touche qu’accessoirement à cet équilibre, le législateur ayant indiqué à l’al. 2.4(1)(b) que ceux qui fournissent l’infrastructure Internet ne doivent pas être considérés comme des « utilisateurs » pour l’application de la Loi.

Le juge LeBel : Sauf l’analyse relative au critère qu’il convient d’appliquer pour localiser d’une communication Internet au regard de la *Loi sur le droit d’auteur*, le jugement des juges majoritaires et le règlement du pourvoi qu’ils proposent sont acceptés. Le pouvoir du Parlement d’adopter des lois ayant une portée extraterritoriale est bien établi en droit canadien. En common law, le Parlement est présumé ne pas avoir eu l’intention de conférer à une loi une portée extraterritoriale. Cette présomption peut être réfutée par l’intention contraire exprimée expressément ou implicitement dans la loi. Aucune disposition de la *Loi sur le droit d’auteur* ne confère implicitement une portée extraterritoriale à l’al. 3(1)(f), compte tenu, tout particulièrement, du principe de territorialité du droit d’auteur. Puisque le Parlement n’a pas voulu que la Loi s’applique à l’extérieur du Canada, une communication Internet a donc lieu au Canada uniquement lorsqu’elle provient d’un serveur hôte situé au Canada. De la sorte, les œuvres protégées par le droit d’auteur existent physiquement sur le territoire canadien et bénéficient donc de la protection de l’al. 3(1)(f). Ce critère de localisation de la communication, fondé sur l’emplacement du serveur hôte, a le mérite d’être simple; il respecte le mieux le principe de la territorialité et il harmonise notre droit d’auteur avec les principes formulés dans les traités internationaux. En plus de réduire le risque d’atteinte à la vie privée, il est valable sur le plan pratique, il offre la prévisibilité voulue et il est le plus compatible avec la portée et l’objet de la Loi.

En revanche, il est inopportun d’appliquer le critère du lien réel et important, qui a vu le jour dans un contexte très différent, pour déterminer si une communication a eu lieu au Canada. Ce critère a été formulé en fonction des exigences de la fédération canadienne et ne saurait être transformé à la légère en règle d’interprétation législative. Ce n’est pas un principe de compétence législative; il s’applique uniquement aux tribunaux. De plus, il cadre mal avec le principe de la territorialité et ne devrait pas être interprété comme limitant le pouvoir du Parlement d’adopter des lois ayant une portée extraterritoriale. Le recours à ce critère comporte également le risque d’une superposition des redevances exigibles dans les différents États.

This Court should adopt an interpretation of s. 3(1)(f) that respects end users' privacy interests, and should eschew an interpretation that would encourage the monitoring or collection of personal data gleaned from Internet-related activity within the home. Locating the communication at the place of the host server addresses privacy concerns, as such concerns are diminished because it is the content provider who has made the information public by posting it on the server. By contrast, the real and substantial connection test, insofar as it looks at the retrieval practice of end users, encourages the monitoring of an individual's surfing and downloading activities. Privacy interests of individuals will be directly implicated where owners of copyrighted works or their collective societies attempt to retrieve data from Internet Service Providers about an end user's downloading of copyrighted works.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Citron v. Zundel* (2002), 41 C.H.R.R. D/274; *Reference re Earth Future Lottery*, [2003] 1 S.C.R. 123, 2003 SCC 10; *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; *Dow Jones & Co. v. Gutnick* (2002), 194 A.L.R. 433, [2002] HCA 56; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Kitakufe v. Oloya*, [1998] O.J. No. 2537 (QL); *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1; *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658; Commission of the European Communities, *Commission Decision of 8 October 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement* (Case No. COMP/C2/38.014 — IFPI "Simulcasting"); *National Football League v. PrimeTime*

Notre Cour doit opter pour l'interprétation de l'al. 3(1)f qui respecte le droit à la vie privée de l'utilisateur final et écarter toute interprétation qui favoriserait le contrôle ou la collecte de données personnelles lors d'une utilisation de l'Internet à domicile. Localiser la communication en fonction du serveur hôte permet d'assurer la protection des renseignements personnels : le risque d'atteinte à la vie privée est réduit parce que c'est le fournisseur de contenu qui a rendu l'information publique en la rendant disponible sur le serveur. Par contre, dans la mesure où il touche aux pratiques d'extraction des utilisateurs finaux, le critère du lien réel et important favorise le contrôle des activités individuelles de téléchargement et de navigation. Le droit au respect de la vie privée sera directement touché lorsqu'un titulaire du droit d'auteur ou une société de gestion tentera d'obtenir d'un fournisseur de services Internet des données sur les œuvres protégées que télécharge un utilisateur final.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Citron c. Zundel* (2002), 41 C.H.R.R. D/274; *Renvoi relatif à la Earth Future Lottery*, [2003] 1 R.C.S. 123, 2003 CSC 10; *Braintech, Inc. c. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; *Dow Jones & Co. c. Gutnick* (2002), 194 A.L.R. 433, [2002] HCA 56; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Kitakufe c. Oloya*, [1998] O.J. No. 2537 (QL); *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1; *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658; Commission des affaires européennes, *Décision de la Commission du 8 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE* (Affaire COMP/C2/38.014 — IFPI « Simulcast »); *National Football League c. PrimeTime*

24 *Joint Venture*, 211 F.3d 10 (2000); *Los Angeles News Service v. Conus Communications Co.*, 969 F.Supp. 579 (1997); *National Football League v. TVRadioNow Corp.*, 53 USPQ2d 1831 (2000); Trib. gr. inst. Paris, May 22, 2000 (*UEJF v. Yahoo! Inc.*); *Yahoo! Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 145 F.Supp.2d 1168 (2001); *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Menear v. Miguna* (1996), 30 O.R. (3d) 602, rev'd (1997), 33 O.R. (3d) 223; *Newton v. City of Vancouver* (1932), 46 B.C.R. 67; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith & Son, Ltd.*, [1933] All E.R. Rep. 432; *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83; *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190; *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (1995); *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91; *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (2000), aff'd in part, 239 F.3d 1004 (2001).

By LeBel J.

Referred to: *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *Arcadi v. The King*, [1932] S.C.R. 158; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517.

Statutes and Regulations Cited

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1867 U.N.T.S. 3).
Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, September 9, 1886, art. 5.
Constitution Act, 1982, s. 52(2)(b), (c), Sch., item 17.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "telecommunication" [ad. 1988, c. 65, s. 61], 2.4(1)(b) [ad. 1997, c. 24, s. 2], 3(1) [repl. *idem*, s. 3(1)], (f) [rep. & sub. 1988, c. 65, s. 62], 27(1).

24 *Joint Venture*, 211 F.3d 10 (2000); *Los Angeles News Service c. Conus Communications Co.*, 969 F.Supp. 579 (1997); *National Football League c. TVRadioNow Corp.*, 53 USPQ2d 1831 (2000); Trib. gr. inst. Paris, 22 mai 2000 (*UEJF c. Yahoo! Inc.*); *Yahoo! Inc. c. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 145 F.Supp.2d 1168 (2001); *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Menear c. Miguna* (1996), 30 O.R. (3d) 602, inf. par (1997), 33 O.R. (3d) 223; *Newton c. City of Vancouver* (1932), 46 B.C.R. 67; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith & Son, Ltd.*, [1933] All E.R. Rep. 432; *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83; *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [1994] A.C.F. No. 1540 (QL); *Religious Technology Center c. Netcom On-line Communication Services, Inc.*, 907 F.Supp. 361 (1995); *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *C.B.S. Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91; *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *A & M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (2000), conf. en partie par 239 F.3d 1004 (2001).

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *Reference re 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; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *Arcadi c. The King*, [1932] R.C.S. 158; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517.

Lois et règlements cités

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 1867 R.T.N.U. 3).
Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, art. 5.
Copyright Act 1968 (Australia), n° 63 de 1968, art. 10(1) « communicate », « to the public ».
Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000 (Australie), n° 110 de 2000, ann. 1, art. 6, 16.

- Copyright Act 1968* (Australia), No. 63 of 1968, s. 10(1) “communicate”, “to the public”.
- Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* (Australia), No. 110 of 2000, Sch. 1, ss. 6, 16.
- Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998).
- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”)*, [2000] O.J. L. 178/1, Preamble, clauses 17, 19, 22, 42, arts. 3(1), 13(1).
- Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 27], s. 3.
- WIPO Copyright Treaty*, CRNR/DC/94, December 23, 1996, art. 8, Agreed Statements, art. 8.
- WIPO Performances and Phonograms Treaty*, CRNR/DC/95, December 23, 1996.
- Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998).
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »)*, [2000] J.O. L. 178/1, préambule, par. 17, 19, 22, 42, art. 3(1), 13(1).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(2)b), c), ann., point 17.
- Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication » [aj. 1988, ch. 65, art. 61], 2.4(1)b) [aj. 1997, ch. 24, art. 2], 3(1) [rempl. *idem*, art. 3(1)], f) [abr. & sub. 1988, ch. 65, art. 62] 27(1).
- Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4 [reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27], art. 3.
- Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, CRNR/DC/94, 23 décembre 1996, art. 8, déclarations communes, art. 8.
- Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, CRNR/DC/95, 23 décembre 1996.

Authors Cited

- Anonymous. “The music industry: In a spin”, *The Economist* (March 2003), p. 58.
- Black’s Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “necessary”.
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Canada. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright of the Standing Committee on Communications and Culture. *A Charter of Rights for Creators*. Ottawa: House of Commons, 1985.
- Gervais, Daniel J. “Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States” (2001), 34 *Vand. J. Transnatl. L.* 1363.
- Gratton, Eloïse. *Internet and Wireless Privacy: A Legal Guide to Global Business Practices*. Toronto: CCH Canadian, 2003.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf).
- Nimmer, Melville B. *Nimmer on Copyright*, vol. 3. New York: Matthew Bender (loose-leaf updated December 2002, release 59).
- Pietsch, Matthew V. “International Copyright Infringement and the Internet: An Analysis of the Existing Means of Enforcement” (2001-2002), 24 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 273.

Doctrine citée

- Anonymous. « The music industry : In a spin », *The Economist* (March 2003), p. 58.
- Black’s Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « necessary ».
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Canada. Chambre des communes. Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur. *Une charte des droits des créateurs et créatrices*. Ottawa : Chambre des communes, 1985.
- Gervais, Daniel J. « Transmissions of Music on the Internet : An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States » (2001), 34 *Vand. J. Transnatl. L.* 1363.
- Gratton, Eloïse. *Internet and Wireless Privacy : A Legal Guide to Global Business Practices*. Toronto : CCH Canadian, 2003.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf).
- Nimmer, Melville B. *Nimmer on Copyright*, vol. 3. New York : Matthew Bender (loose-leaf updated December 2002, release 59).
- Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « communiquer ».

Reindl, Andreas P. "Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks" (1997-1998), 19 *Mich. J. Int'l L.* 799.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "communicate".

Smith, Graham J. H. *Internet Law and Regulation*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Takach, George S. *Computer Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.

Vaver, David. *Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 290 N.R. 131, 19 C.P.R. (4th) 289, [2002] F.C.J. No. 691 (QL), 2002 FCA 166, affirming in part a judgment of the Copyright Board (1999), 1 C.P.R. (4th) 417. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Barry B. Sookman*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Y. A. George Hynna, Brian A. Crane, Q.C., *Gilles M. Daigle* and *C. Paul Spurgeon*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Andrea Rush and *Stephen Zolf*, for the interveners the Internet Commerce Coalition, the European Telecommunications Network Operators' Association, the European Internet Service Providers' Association, the Australian Internet Industry Association, the Telecom Services Association and the U.S. Internet Industry Association.

Glen A. Bloom, for the interveners the Canadian Recording Industry Association and the International Federation of Phonogram Industry.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

¹ BINNIE J. — This appeal raises the difficult issue of who should compensate musical composers and

Pietsch, Matthew V. « International Copyright Infringement and the Internet : An Analysis of the Existing Means of Enforcement » (2001-2002), 24 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 273.

Reindl, Andreas P. « Choosing Law in Cyberspace : Copyright Conflicts on Global Networks » (1997-1998), 19 *Mich. J. Int'l L.* 799.

Smith, Graham J. H. *Internet Law and Regulation*, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Takach, George S. *Computer Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2003.

Vaver, David. *Copyright Law*. Toronto : Irwin Law, 2000.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2002] 4 C.F. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 290 N.R. 131, 19 C.P.R. (4th) 289, [2002] A.C.F. n° 691 (QL), 2002 CAF 166, qui a confirmé en partie un jugement de la Commission du droit d'auteur (1999), 1 C.P.R. (4th) 417. Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Barry B. Sookman*, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident.

Y. A. George Hynna, Brian A. Crane, c.r., *Gilles M. Daigle* et *C. Paul Spurgeon*, pour l'intimée/appealante au pourvoi incident.

Andrea Rush et *Stephen Zolf*, pour les intervenantes Internet Commerce Coalition, European Telecommunications Network Operators' Association, European Internet Service Providers' Association, Australian Internet Industry Association, Telecom Services Association et U.S. Internet Industry Association.

Glen A. Bloom, pour les intervenantes l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et International Federation of Phonogram Industry.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi soulève l'épineuse question de savoir qui doit verser des

artists for their Canadian copyright in music downloaded in Canada from a foreign country via the Internet. In an era when it is as easy to access a website hosted by a server in Bangalore as it is to access a website with a server in Mississauga, where is the protection for the financial rights of the people who created the music in the first place? Who, if anyone, is to pay the piper?

The Internet “exists”, notionally, in cyberspace. It has been described as a “fascinating exercise in symbiotic anarchy”; see G. S. Takach, *Computer Law* (2nd ed. 2003), at p. 30. It is not contained by national boundaries. The Internet thus presents a particular challenge to national copyright laws, which are typically territorial in nature.

The answer to this challenge proposed by the respondent, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”), is to seek to impose liability for royalties on the various Internet Service Providers located in Canada irrespective of where the transmission originates. There is no doubt that such an imposition, from SOCAN’s perspective, would provide an efficient engine of collection.

The appellants, on the other hand, representing a broad coalition of Canadian Internet Service Providers, resist. Their basic argument is that none of them, as found by the Copyright Board, regulate or are even in the usual case *aware* of the content of the Internet communications which they transmit. Like a telephone company, they provide the medium, but they do not control the message.

Parliament has spoken on this issue. In a 1988 amendment to the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, it made it clear that Internet intermediaries, as such, are not to be considered parties to the infringing communication. They are service providers, not participants in the *content* of the communication. In light of Parliament’s legislative policy, when applied

redevances aux artistes et aux compositeurs titulaires du droit d’auteur canadien sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d’un autre pays au moyen de l’Internet. À une époque où il est aussi facile d’avoir accès à un site Web hébergé par un serveur situé à Bangalore qu’à un site Web dont le serveur se trouve à Mississauga, de quelle manière les droits financiers des créateurs d’œuvres musicales sont-ils protégés? Qui doit, s’il y a lieu, payer la note?

Théoriquement, l’Internet « existe » dans le cyberspace. À la p. 30 de son ouvrage intitulé *Computer Law* (2^e éd. 2003), G. S. Takach dit qu’il s’agit d’une [TRADUCTION] « entreprise fascinante d’anarchie symbiotique ». L’Internet n’a pas de frontières nationales. Il représente donc un véritable défi pour les lois nationales sur le droit d’auteur qui, de par leur nature même, s’appliquent habituellement dans des territoires donnés.

La solution proposée par l’intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), est de contraindre au versement de redevances les divers fournisseurs de services Internet situés au Canada, peu importe le lieu d’origine de la transmission. Il est indubitable, du point de vue de la SOCAN, que l’établissement d’une telle contrainte offrirait un mécanisme efficace de perception.

En revanche, les appelantes, qui représentent une vaste coalition de fournisseurs canadiens de services Internet, s’y opposent. Elles font principalement valoir, comme l’a conclu la Commission du droit d’auteur, qu’elles ne réglementent pas ni même, la plupart du temps, ne *connaissent* le contenu des communications Internet qu’elles effectuent. Tout comme une compagnie de téléphone, elles fournissent le moyen de communication, mais n’exercent aucun contrôle sur le message.

Le législateur a agi en 1988 en modifiant la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. Il a clairement indiqué que les intermédiaires Internet ne sont pas, comme tels, parties à la communication qui viole le droit d’auteur. Ce sont des fournisseurs de services, et non des participants quant au *contenu* de la communication. Au vu de la

2

3

4

5

to the findings of fact by the Copyright Board, I agree with the Board's conclusion that as a matter of law the appellants did not, in general, "communicate" or "authorize" the communication of musical works in Canada in violation of the respondent's copyright within the meaning of the *Copyright Act*.

politique législative du Parlement, appliquée aux conclusions de fait de la Commission du droit d'auteur, je conviens avec cette dernière que, de façon générale, les appelantes n'ont pas « communiqué » ni « autorisé » la communication d'œuvres musicales au Canada en violation du droit d'auteur de l'intimée au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*.

6 SOCAN sought a judicial review of the Board's decision by the Federal Court of Appeal, which essentially upheld the Board's exclusion of the appellants from copyright liability where they perform a pure intermediary function: [2002] 4 F.C. 3. However, the court, in a 2-1 majority decision, also held that where an Internet Service Provider in Canada creates a "cache" of Internet material, even for purely technical reasons, they are no longer a mere intermediary but a communicator and thus become a participant in the copyright infringement. A contrary conclusion was reached by Sharlow J.A., dissenting in part, who agreed with the Copyright Board that to cache for the purpose of enhancing Internet economy and efficiency does not constitute infringement. I agree with the dissent on this point. To that extent, the appeal should be allowed.

La SOCAN a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la Commission; or, la cour a essentiellement confirmé que les appelantes ne violent pas le droit d'auteur lorsqu'elles agissent uniquement à titre d'intermédiaires : [2002] 4 C.F. 3. Toutefois, à raison de deux juges contre un, elle a aussi statué que lorsqu'il crée une « antémémoire », même pour des raisons purement techniques, le fournisseur de services Internet au Canada n'est plus un simple intermédiaire, mais communique des données et participe donc à la violation du droit d'auteur. Partiellement dissidente, la juge Sharlow a tiré une conclusion contraire; elle a convenu avec la Commission du droit d'auteur que la mise en antémémoire dans le but d'améliorer l'efficacité des communications Internet et d'en réduire les coûts ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Je suis d'accord avec elle sur ce point et je crois qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi à cet égard.

7 The respondent's cross-appeal seeking to hold Internet intermediaries liable for copyright royalties even where serving only as a conduit should be dismissed.

Le pourvoi incident dans lequel l'intimée demande à notre Cour de statuer qu'un intermédiaire Internet, même lorsqu'il n'est qu'un simple agent, est tenu de verser des redevances au titre du droit d'auteur, doit être rejeté.

I. Facts

I. Les faits

8 The Internet is a huge communications facility which consists of a worldwide network of computer networks deployed to communicate information. A "content provider" uploads his or her data, usually in the form of a website, to a host server. The content is then forwarded to a destination computer (the end user). End users and content providers can connect to the Internet with a modem under contract with an Internet Service Provider.

L'Internet est un vaste système de communication constitué d'un ensemble de réseaux informatiques à l'échelle planétaire. Le « fournisseur de contenu » télécharge ses données, qui revêtent habituellement la forme d'un site Web, sur un serveur hôte. Le contenu est ensuite transmis à un ordinateur de destination (l'utilisateur final). Utilisateurs finaux et fournisseurs de contenu peuvent se connecter à l'Internet à l'aide d'un modem moyennant la conclusion d'un contrat avec un fournisseur de services Internet.

An Internet transmission is generally made in response to a request sent over the Internet from the end user (referred to as a “pull”). The host server provider transmits content (usually in accordance with its contractual obligation to the content provider). The content at issue here is the copyrighted musical works in SOCAN’s repertoire.

In its decision dated October 27, 1999 ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417, at p. 441), the Copyright Board provided a succinct description of an Internet transmission:

First, the file is incorporated to an Internet-accessible server. Second, upon request and at a time chosen by the recipient, the file is broken down into packets and transmitted from the host server to the recipient’s server, via one or more routers. Third, the recipient, usually using a computer, can reconstitute and open the file upon reception or save it to open it later; either action involves a reproduction of the file, again as that term is commonly understood.

The respondent, SOCAN, is a collective society recognized under s. 2 of the *Copyright Act*, to administer “performing rights” in Canada including those of (1) its Canadian member composers, authors and music publishers, and (2) foreign composers, authors and music publishers whose interest is protected by a system of reciprocal agreements with counterpart societies here and in other countries. Essentially, SOCAN administers in Canada “the world repertoire of copyright protected music”.

In 1995, SOCAN applied to the Copyright Board for approval of Tariff 22 applicable to Internet telecommunications of copyrighted music. Tariff 22 would require a licence and a royalty fee

9
La transmission Internet s’effectue généralement en réponse à une demande transmise sur l’Internet par l’utilisateur final (l’« extraction personnalisée »). Le fournisseur du serveur hôte transmet le contenu (habituellement en application de l’entente contractuelle qui le lie au fournisseur de contenu). Le contenu visé en l’espèce correspond à des œuvres musicales protégées par le droit d’auteur inscrites au répertoire de la SOCAN.

10
Dans sa décision datée du 27 octobre 1999, la Commission du droit d’auteur a brièvement décrit la transmission Internet :

Premièrement, le fichier est enregistré sur un serveur accessible sur l’Internet. Deuxièmement, à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier est divisé en paquets et transmis du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs. Troisièmement, le destinataire, habituellement à l’aide d’un ordinateur, peut reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l’enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l’un et l’autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

(Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l’exécution publique d’œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) (Re), p. 25)

11
L’intimée, la SOCAN, est une société de gestion au sens de l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur* autorisée à gérer les [TRADUCTION] « droits d’exécution » au Canada, notamment ceux (1) des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique canadiens qui en sont membres et (2) des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique étrangers dont les droits sont protégés par des ententes réciproques conclues avec des sociétés homologues au pays et à l’étranger. Pour l’essentiel, la SOCAN gère au Canada [TRADUCTION] « le répertoire mondial des œuvres musicales protégées par le droit d’auteur ».

12
En 1995, la SOCAN a demandé à la Commission du droit d’auteur d’homologuer le tarif 22 applicable à la communication sur l’Internet d’œuvres musicales protégées par le droit d’auteur. Le tarif 22 exigerait une licence et le paiement d’une redevance pour

to communicate to the public by telecommunication, in Canada, musical works forming part of SOCAN's repertoire, by a telecommunications service to subscribers by means of one or more computer(s) or other device that is connected to a telecommunications network where the transmission of those works can be accessed by each subscriber independently of any other person having access to the service

la communication au public par télécommunication, au Canada, des œuvres faisant partie du répertoire de la SOCAN, à des abonnés par le biais d'un service de télécommunications à l'aide d'un ordinateur ou d'un autre appareil raccordé à un réseau de télécommunications, lorsque chaque abonné peut avoir accès à la transmission de ces œuvres de manière indépendante par rapport à toute autre personne ayant accès au service . . .

13 Recognizing that there might be many participants in any Internet communication, the Board convened a Phase I hearing to "determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use targeted in the tariff" (p. 424).

Reconnaissant que les participants à une communication Internet peuvent être nombreux, la Commission a tenu des audiences dont la première phase devait permettre de « détermin[er] quelles activités sur l'Internet, le cas échéant, constituent une utilisation protégée visée par le tarif » (p. 2).

14 SOCAN initially argued that "virtually everyone involved in the Internet transmission chain is liable [to pay royalties] for the communication, including those who provide transmission services, operate equipment or software used for transmissions, provide connectivity, provide hosting services or post content" (p. 426).

La SOCAN a tout d'abord soutenu que « pratiquement tous ceux qui font partie de la chaîne de transmission de l'Internet sont responsables [du paiement des redevances pour] la communication, notamment ceux qui fournissent les services de transmission, ceux qui utilisent le matériel ou le logiciel employés pour les transmissions, ceux qui assurent la connectivité, ceux qui offrent des services d'hébergement ou ceux qui rendent disponible du contenu » (p. 5).

15 SOCAN now disclaims any intent to target the Backbone Service Providers, which are the entities that do not retail Internet services to individual subscribers but provide the facilities and long distance connections including fibre optics and telephone lines that support the Internet.

La SOCAN nie maintenant vouloir cibler les fournisseurs de services de réseau de base, qui ne vendent pas des services Internet à des abonnés individuels, mais fournissent les installations et les connexions interurbaines, y compris les fibres optiques et les lignes téléphoniques qui tiennent lieu d'infrastructure à l'Internet.

16 The appellants, on the other hand, stand at the portals of the Internet. They operate the infrastructure provided by the Backbone Service Providers. They retail access to the Internet both to content providers and to end user subscribers. Familiar examples include Bell Globemedia's "Sympatico" service and the Rogers "Hi-Speed Internet" service. As such, according to SOCAN, they are not passive conduits like the Backbone Service Providers but active participants in the alleged acts of copyright infringement.

Pour leur part, les appelantes gardent les portails de l'Internet. Elles exploitent l'infrastructure des fournisseurs de services de réseau de base. Elles vendent l'accès à l'Internet à leurs abonnés, tant les fournisseurs de contenu que les utilisateurs finaux. Les services « Sympatico » de Bell Globemedia et « Internet haute vitesse » de Rogers, par exemple, sont bien connus. Selon la SOCAN, il ne s'agit pas d'agents passifs comme les fournisseurs de services de réseau de base, mais bien de participants actifs aux violations alléguées du droit d'auteur.

17 The Internet operates by means of a series of protocols that enable higher level applications such

L'Internet a recours à une série de protocoles permettant des applications plus évoluées comme

as the World Wide Web to operate. Transmission control protocol (“TCP”) is the most common protocol and it controls most of the applications used on the Internet. The TCP resides in both host server and end user computers and it controls the sending and receipt of packets transmitted over the Internet. However, routers and other intermediate points on the Internet have no involvement in TCP operation.

A content provider may store files on its own computer, but it may also purchase space on a “host server” operated by an Internet Service Provider under commercial arrangements that include storing, making available and transmitting Web site content to end users. Once a musical work or other content has been posted on a host server, it is possible for any person with a computer and an arrangement with an Internet Service Provider to access the work on demand from anywhere in the world via the Internet.

The Copyright Board found that Internet Service Providers who “host” Web sites for others are generally neither aware of nor control the content of the files stored in memory; however, in some cases they do warn content providers not to post illegal content (e.g., criminal pornography, defamatory material, copyright infringing materials, viruses, etc.), and will usually retain a master “root” password that allows them to access all the files on the server. The contract generally reserves to the host server provider the authority to periodically review for content posted in breach of their agreement and to remove such files. The existence of such means of control, and the host server provider’s discretion in whether or not to exercise them, justifies the imposition of liability for a copyright licence on host servers, according to SOCAN.

The host server breaks the content down into units of data called “packets” consisting of a series of bytes (typically no more than 1500). Each packet has a destination address attached to it in

le World Wide Web. Le plus courant, le protocole de contrôle de transmission (« TCP »), contrôle la plupart des applications utilisées sur l’Internet. Implanté dans le serveur hôte et dans l’ordinateur de l’utilisateur final, il contrôle l’envoi et la réception des paquets de données transmis sur l’Internet. Les routeurs et les autres points intermédiaires n’ont cependant rien à voir avec son fonctionnement.

Un fournisseur de contenu peut stocker des fichiers dans son propre ordinateur. Il peut aussi acheter de l’espace dans un « serveur hôte » exploité par un fournisseur de services Internet. Il conclut alors une entente commerciale prévoyant le stockage du contenu d’un site Web, son accessibilité et sa transmission aux utilisateurs finaux. Une fois l’œuvre musicale ou l’autre contenu rendu disponible sur un serveur hôte, quiconque possède un ordinateur et a conclu une entente avec un fournisseur de services Internet peut, où qu’il se trouve dans le monde, y accéder sur demande.

La Commission du droit d’auteur a conclu que, en règle générale, les fournisseurs de services Internet qui « hébergent » des sites Web pour des tiers ne connaissent pas le contenu des fichiers stockés en mémoire, ni ne le contrôlent. Dans certains cas, toutefois, ils mettent en garde le fournisseur de contenu contre l’illégalité d’un contenu et lui recommandent de ne pas le rendre disponible (pornographie criminelle, diffamation, violation du droit d’auteur, virus, etc.); ils conservent habituellement un mot de passe « de base » leur permettant d’avoir accès à tous les fichiers du serveur. Le contrat confère généralement au fournisseur du serveur hôte le pouvoir d’examiner périodiquement le contenu rendu disponible pour déterminer s’il contrevient à l’entente et de supprimer les fichiers en cause le cas échéant. Selon la SOCAN, l’existence d’un tel pouvoir de contrôle, que le fournisseur du serveur hôte peut exercer ou non, justifie l’obligation d’un serveur hôte d’obtenir une licence du titulaire du droit d’auteur.

Le serveur hôte divise le contenu en unités de données appelées « paquets », lesquels se composent d’une série d’octets (au plus 1 500 en général). Chaque paquet comporte une adresse de

18

19

20

the form of a “header”. The host server transmits the packets to a router which reads the address in the packet’s header and performs computations to determine the most appropriate transmission route over which to send the packet to its destination. The router does not access the data portion of the packet. The various packets are forwarded from router to router and may follow different transmission routes along the way until they reach the Internet Service Provider at the receiving end which, under contract to the end user, transmits the packets to a computer operated by the end user. The result is the reconstitution on the end user’s computer of all that is required to view or, in the case of music, “to play” the work, either at that time or later if the work is saved on the end user’s computer.

21

It is evident that a single corporate entity like Rogers, Bell or AT&T Canada can play a variety of roles in Internet transmission. The Board’s analysis therefore focussed on what *functions* attract copyright liability. To the extent a particular entity performs a specified function, it may be liable for copyright infringement in respect of the *function* unless licensed.

22

The appellants initially argued against copyright liability on the theory that intermediaries only handle “packets” of incomplete music in computer coded compressed form, which may be sent or received out of order. In their view they were not communicating the musical works as such, and thus could not be guilty of copyright infringement. This was rejected by the Copyright Board on the basis that the fragmentation into packets was dictated by “the technical exigencies of the Internet” (at p. 447):

While some intermediaries may not be transmitting the entire work or a substantial part of a work, all of the packets required to communicate the work are transmitted from the server on which the work is located to the end user. Consequently, the work is communicated.

The correctness of this finding is no longer contested.

destination sous forme d’« en-tête ». Le serveur hôte transmet les paquets à un routeur qui lit l’adresse dans l’en-tête et détermine à l’issue de calculs le meilleur itinéraire d’acheminement. Le routeur n’a pas accès aux données. Les divers paquets sont transmis d’un routeur à l’autre et peuvent suivre des itinéraires différents pour atteindre, à l’extrémité réception, le fournisseur de services, qui transmet les paquets à l’ordinateur de l’utilisateur final en application du contrat le liant à ce dernier. Le résultat est la reconstitution sur l’ordinateur de l’utilisateur final de tout ce qui est nécessaire au visionnement ou, dans le cas d’une œuvre musicale, à l’« écoute », soit immédiatement, soit à un moment ultérieur si l’œuvre est sauvegardée dans l’ordinateur du client.

Il est évident qu’une même entreprise, telle Rogers, Bell ou AT&T Canada, peut jouer divers rôles dans la transmission Internet. La Commission s’est donc essentiellement demandé quelles *fonctions* faisaient naître une obligation sur le plan du droit d’auteur. Lorsqu’elle exécute une fonction donnée, l’entreprise peut violer le droit d’auteur relativement à cette *fonction*, sauf si elle a obtenu une licence.

Initialement, les appelantes ont nié toute obligation en matière de droits d’auteur, arguant que les intermédiaires ne traitent que des « paquets » d’œuvres musicales incomplètes sous forme de données informatiques codées comprimées, qui peuvent être transmises ou reçues dans le désordre. Elles estimaient ne pas communiquer d’œuvres musicales comme telles et, de ce fait, ne pas violer le droit d’auteur. La Commission du droit d’auteur a rejeté cet argument : la fragmentation en paquets était dictée par les « exigences techniques de l’Internet » (p. 32) :

Bien que certains intermédiaires puissent ne pas transmettre l’intégralité de l’œuvre ou une partie importante de celle-ci, tous les paquets indispensables à la communication de l’œuvre sont transmis du serveur sur lequel elle se trouve à l’utilisateur final. En conséquence, l’œuvre est communiquée.

La justesse de cette conclusion n’est plus contestée.

A particular issue arose in respect of the appellants' use of "caching". When an end user visits a Web site, the packets of data needed to transmit the requested information will come initially from the host server where the files for this site are stored. As they pass through the hands of an Internet Service Provider, a temporary copy may be made and stored on its server. This is a cache copy. If another user wants to visit this page shortly thereafter, using the same Internet Service Provider, the information may be transmitted to the subsequent user either directly from the Web site or from what is kept in the cache copy. The practice of creating "caches" of data speeds up the transmission and lowers the cost. The subsequent end user may have no idea that it is not getting the information directly from the original Web site. Cache copies are not retained for long periods of time since, if the original files change, users will get out-of-date information. The Internet Service Provider controls the existence and duration of caches on its own facility, although in some circumstances it is open to a content provider to specify no caching, or an end user to program its browser to insist on content from the original Web site.

SOCAN argued that where a cache copy is made on a computer located in Canada and then retransmitted, there is a distinct violation in Canada of copyright protection. This, as stated, is the issue that divided the Federal Court of Appeal.

The Board was also required to consider the potential copyright infringement of "hyperlinks", particularly when the link is automatic. Automatic links employ an embedded code in the Web page that automatically instructs the browser, upon obtaining access to the first site, to download a file from a second site. The user does not need to do anything but visit the initial site before information from the second site is "pulled". A different legal issue may arise where the user must take action, such as to click the mouse button over the hyperlink, in order to obtain access to the information from the second site.

While much of the Internet discussion focussed on music available on the World Wide Web, Tariff

23
Une question particulière s'est posée au sujet du recours des appelantes à la « mise en antémémoire ». Lorsqu'un utilisateur final visite un site Web, les paquets de données nécessaires pour transmettre l'information demandée proviennent au départ du serveur hôte où sont stockés les fichiers de ce site. Lorsque les fichiers passent par un fournisseur de services Internet, ce dernier peut en faire une copie provisoire et la conserver dans son serveur. Il s'agit d'une antémémoire. Si un autre utilisateur souhaite consulter cette page peu après par l'entremise du même fournisseur de services Internet, l'information peut lui être transmise à partir du site Web directement ou de l'antémémoire. La création d'une « antémémoire » accélère la transmission et réduit les coûts. L'utilisateur final subséquent peut ignorer totalement que l'information ne lui parvient pas directement du site Web initial. L'antémémoire n'est pas conservée longtemps, car si le fichier initial est modifié, l'utilisateur obtiendra une information périmée. Le fournisseur de services Internet décide de l'existence d'une antémémoire et de sa durée; toutefois, dans certaines circonstances, un fournisseur de contenu peut préciser qu'il ne doit pas y avoir d'antémémoire, ou un utilisateur final peut programmer son navigateur de manière à exiger l'accès au contenu du site Web initial.

24
La SOCAN a prétendu que le fait de créer une antémémoire sur un ordinateur situé au Canada, puis de la retransmettre, constitue une violation distincte du droit d'auteur au Canada. C'est cette question qui a divisé la Cour d'appel fédérale.

25
La Commission devait également se pencher sur la violation éventuelle du droit d'auteur par un « hyperlien », spécialement lorsqu'il est automatique, un code intégré à la page Web ordonnant automatiquement au navigateur, lorsque l'accès au premier site est obtenu, de télécharger un fichier à partir d'un second site. L'utilisateur n'a rien d'autre à faire que de visiter le site initial pour que l'information soit « extraite » du second site. Une question de droit différente pourrait se poser si l'utilisateur devait faire quelque chose, comme cliquer sur l'hyperlien, pour avoir accès à l'information du second site.

26
Même si une bonne partie de l'examen relatif à l'Internet a surtout porté sur les œuvres musicales

22 may also apply to copyrighted music sent by e-mail or displayed on business bulletin boards or other Internet applications.

II. Relevant Statutory Provisions

27 *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42

2. . . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

. . . .

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; and

. . . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

. . . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

and to authorize any such acts.

III. Judicial History

A. *Decision of the Copyright Board*

28 Tariff 22 proposed the amount and allocation of a royalty payable to copyright owners for the

disponibles sur le World Wide Web, le tarif 22 peut aussi s’appliquer aux œuvres musicales protégées par le droit d’auteur qui sont transmises par courriel ou présentées sur des babillards électroniques commerciaux ou d’autres applications Internet.

II. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

2. . . .

« télécommunication » vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique;

2.4 (1) Les règles qui suivent s’appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

. . . .

(b) n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue;

. . . .

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *La décision de la Commission du droit d’auteur*

Le tarif 22 proposait le paiement d’une redevance d’un certain montant au titulaire du droit

communication of music on the Internet. At the end of the first phase of its proceeding, geared to determining who might be liable to pay royalties, the Copyright Board held that a royalty can be imposed on content providers who post music on a server located in Canada that can be accessed by other Internet users. However, the Board also held that the normal activities of Internet intermediaries not acting as content providers do not constitute “a communication” for the purpose of the *Copyright Act* and thus do not infringe the exclusive communication rights of copyright owners. The parties did not frame an issue in relation to infringement of the right of reproduction, and its role, if any, did not play a significant part in the Board’s decision.

In reaching its conclusions the Copyright Board considered a number of questions, including the following (at p. 443):

1. *When does a communication to the public occur on the Internet?*
2. *Who “communicates” (in the copyright sense) on the Internet? In particular, who can benefit from paragraph 2.4(1)(b) of the Act?*
3. *When does the act of “authorizing” a communication on the Internet occur?*
4. *When does a communication on the Internet occur in Canada?*

After hearing 11 days of evidence and submissions and a subsequent period of reflection, the Board concluded that an Internet communication occurs at the time the work is transmitted from the host server to the computer of the end user, regardless of whether it is played or viewed at that time, or later, or never. It is made “to the public” because the music files are “made available on the Internet openly and without concealment, with the knowledge and intent that they be conveyed to all who

d’auteur pour la communication d’une œuvre musicale sur l’Internet. Au terme de la première phase de ses audiences visant à déterminer qui pouvait être tenu de verser des redevances, la Commission du droit d’auteur a statué que les fournisseurs de contenu qui rendent des œuvres musicales disponibles sur un serveur situé au Canada auquel ont accès d’autres utilisateurs de l’Internet pouvaient être contraints au versement d’une redevance. Cependant, elle a aussi conclu que les activités habituelles d’un intermédiaire Internet n’agissant pas à titre de fournisseur de contenu ne constituent pas une « communication » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et, par conséquent, ne violent pas les droits de communication exclusifs des titulaires de droits d’auteur. Les parties n’ont pas formulé de question concernant la violation du droit de reproduction, et celui-ci n’a pas une grande incidence sur la décision de la Commission, si toutefois il en a une.

Pour arriver à ses conclusions, la Commission du droit d’auteur a examiné un certain nombre de questions, dont les suivantes (p. 27) :

1. *À quel moment une communication au public a-t-elle lieu sur l’Internet?*
2. *Qui « communique » (au sens de la Loi sur le droit d’auteur) sur l’Internet? En particulier, qui peut invoquer l’al. 2.4(1)(b) de la Loi?*
3. *Quand y a-t-il « autorisation » d’une communication sur l’Internet?*
4. *Quand une communication sur l’Internet se produit-elle au Canada?*

Après onze jours d’audiences suivis d’une période de réflexion, la Commission a conclu qu’une communication Internet a lieu au moment où l’œuvre est transmise du serveur hôte à l’ordinateur de l’utilisateur final, que l’écoute ou le visionnement soit immédiat ou ultérieur, ou n’ait jamais lieu. Il y a communication « au public » parce que les fichiers musicaux sont « rendu[s] disponibles sur l’Internet de manière ouverte, sans dissimulation, l’intéressé, en connaissance de cause, ayant

might access the Internet” (p. 445). Accordingly, “a communication may be to the public when it is made to individual members of the public at different times, whether chosen by them (as is the case on the Internet) or by the person responsible for sending the work (as is the case with facsimile transmissions)” (p. 445). This is no longer contested.

l’intention qu’[ils] soient transmi[s] à tous ceux qui peuvent avoir accès à l’Internet » (p. 30). En conséquence, « il peut y avoir communication au public quand celle-ci est faite à des personnes du public à des moments différents, que le moment soit choisi par ces dernières (ce qui est le cas sur l’Internet) ou par la personne responsable de l’envoi de l’œuvre (ce qui est le cas pour les transmissions par télécopieur) » (p. 30). Cela n’est plus contesté.

31 In order to determine the level of intermediate participation in Internet transmission of musical works that could trigger liability for infringement under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, the Board was required to interpret the scope of the limitation in s. 2.4(1)(b), which says that an Internet Service Provider does not “communicate” a copyrighted work if its “only act” is to provide “the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work” (emphasis added).

Pour déterminer quel degré de participation d’un intermédiaire à la transmission d’une œuvre musicale par l’Internet est susceptible d’entraîner la violation du droit d’auteur conféré à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*, la Commission a dû interpréter l’al. 2.4(1)b) et délimiter la portée de la restriction qu’il établit. Suivant cette disposition, un fournisseur de services Internet n’effectue pas la « communication » d’une œuvre protégée par le droit d’auteur s’il « ne fait que » fournir « à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue » (je souligne).

32 The Board rejected SOCAN’s argument that s. 2.4(1)(b) should be narrowly construed as an exemption to copyright liability. The Board held that where an intermediary merely acts as a “conduit for communications by other persons” (p. 453 (emphasis added)), it can claim the benefit of s. 2.4(1)(b). If an intermediary does more than merely act as a conduit (for example if it creates a cache for reasons other than improving system performance or modifies the content of cached material), it may lose the protection. Insofar as the Internet Service Provider furnishes “ancillary” services to a content provider or end user, it could still rely on s. 2.4(1)(b) as a defence to copyright infringement, provided any such “ancillary services” do not amount in themselves to communication or authorization to communicate the work. Creation of an automatic “hyperlink” by a Canadian Internet Service Provider will also attract copyright liability.

La Commission a rejeté l’argument de la SOCAN selon lequel le libellé de l’al. 2.4(1)b) doit être interprété restrictivement, comme s’il établissait une exception à la violation du droit d’auteur. Elle a statué que l’intermédiaire qui est un simple « agent permettant à autrui de communiquer » (p. 40 (je souligne)) peut se prévaloir de l’al. 2.4(1)b). S’il n’est pas un simple agent (par exemple, s’il crée une antémémoire pour d’autres raisons que l’amélioration du rendement du système ou s’il modifie les données mises en antémémoire), il peut perdre cette protection. Dans la mesure où il fournit des services « accessoires » à un fournisseur de contenu ou à un utilisateur final, le fournisseur de services Internet peut toujours invoquer l’al. 2.4(1)b) en défense à une accusation de violation du droit d’auteur à condition que les « services accessoires » ne constituent pas eux-mêmes une communication de l’œuvre ou une autorisation de la communiquer. La création d’un « hyperlien » automatique par un fournisseur canadien de services Internet est également susceptible de violer le droit d’auteur.

As to “authorization”, the Board found that knowledge by an Internet Service Provider that its facilities *might* be used for infringing purposes was not enough to incur liability. The Internet Service Provider needed to grant “the person committing the infringement a license or permission to infringe” (p. 458).

In the result, the Board stated that an Internet communication occurs in Canada only if it originates from a server in Canada. Thus, a content provider is subject to a royalty approved by the Board if, but only if, the content is posted on a server located in Canada.

B. *The Federal Court of Appeal*

1. Evans J.A. (Linden J.A. Concurring) for the Majority

SOCAN’s application for judicial review was allowed in part. Evans J.A. concluded that the standard of review of the Copyright Board’s interpretation of the s. 2.4(1)(b) defence was correctness, but as to other issues involving the application of the *Copyright Act* to the facts, the proper standard of review was unreasonableness.

The Federal Court of Appeal did not agree with the Board’s insistence that an Internet communication only occurred in the country where the host server is located. In its view, a communication (and therefore a royalty) may arise in respect of any telecommunication that has a real and substantial connection with Canada. The real and substantial connection test would also be applied to a content provider who authorized posting copyright material on a host server. In the court’s view, the Board’s decision undercompensated SOCAN’s members for a potential loss of music sales in the Canadian market as a result of the receipt in Canada of copyright music on the Internet.

En ce qui concerne l’« autorisation », le fait qu’un fournisseur de services Internet sache que ses installations *pourraient* servir à des fins illicites ne suffit pas, selon la Commission, à engager sa responsabilité. Le fournisseur de services Internet doit avoir accordé « à l’auteur de l’atteinte une licence ou une permission d’agir illégalement » (p. 47).

Enfin, la Commission a dit qu’une communication Internet ne se produit au Canada que lorsqu’elle provient d’un serveur situé au Canada. En conséquence, un fournisseur de contenu ne doit verser la redevance fixée par le tarif homologué que s’il rend du contenu disponible sur un serveur situé au Canada.

B. *La Cour d’appel fédérale*

1. Le juge Evans (avec l’appui du juge Linden), pour les juges majoritaires

La demande de contrôle judiciaire de la SOCAN a été accueillie en partie. Le juge Evans a conclu que la norme de contrôle applicable à l’interprétation, par la Commission du droit d’auteur, du moyen de défense prévu à l’al. 2.4(1)(b) était celle de la décision correcte, mais que pour toutes les autres questions comportant l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* aux faits de l’espèce, la norme était celle du caractère déraisonnable.

La Cour d’appel fédérale n’a pas convenu avec la Commission qu’une communication Internet ne se produit que dans le pays où est situé le serveur hôte. Elle a estimé qu’il peut y avoir communication (et, de ce fait, qu’une redevance peut être exigible) chaque fois qu’une télécommunication a un lien réel et important avec le Canada. Le critère du lien réel et important s’appliquerait aussi au fournisseur de contenu ayant autorisé un serveur hôte à rendre disponibles des éléments protégés par le droit d’auteur. La cour a estimé que la décision de la Commission indemnisait insuffisamment les membres de la SOCAN pour la diminution éventuelle des ventes d’œuvres musicales sur le marché canadien par suite de la réception au Canada, sur l’Internet, d’œuvres musicales protégées par le droit d’auteur.

33

34

35

36

37

According to Evans J.A., the Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occur in Canada, and which therefore attract liability to pay a royalty to SOCAN. The most important connecting factors will normally be the location of the content provider, the end user and the intermediaries, in particular the host server. The location of the end user is a particularly important factor in determining if an Internet communication has a real and substantial connection with Canada. The location of a cache or a linked site in Canada from which material is transmitted would provide additional potential connecting factors.

38

As to the limited protection of s. 2.4(1)(b), the majority opinion ruled that the Board erred in law when it held that an Internet Service Provider who caches material is thereby providing a means *necessary* for another to communicate it. The fact that the cache enhances the speed of transmission and reduces the cost to the Internet access provider does not render the cache a practical *necessity* for communication. To decide otherwise would further erode copyright holders' right to be compensated for the use of their works by others.

2. Sharlow J.A. (Dissenting in Part)

39

Sharlow J.A. disagreed with the majority on the interpretation of "necessary" in s. 2.4(1)(b), and found that in the context of that paragraph, something should be considered "necessary" for communication if it makes communication practicable or more practicable. Sharlow J.A. therefore agreed with the Board's conclusion that intermediaries who carry out caching activities are entitled to rely on s. 2.4(1)(b) of the Act.

IV. Analysis

40

This Court has recently described the *Copyright Act* as providing "a balance between promoting the

Selon le juge Evans, la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte de tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et emportent, par conséquent, l'obligation de verser une redevance à la SOCAN. Les facteurs de rattachement les plus importants sont normalement l'emplacement du fournisseur de contenu, celui de l'utilisateur final, celui des intermédiaires et, en particulier, celui du serveur hôte. Le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a un lien réel et important avec le Canada. L'existence au Canada d'une antémémoire ou d'un site chaîné à partir duquel sont transmis des fichiers est susceptible de constituer un facteur de rattachement supplémentaire.

Pour ce qui est de la protection limitée prévue à l'al. 2.4(1)(b), les juges majoritaires ont statué que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant qu'un fournisseur de services Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens *nécessaires* pour qu'un tiers puisse les communiquer. Le fait que l'antémémoire accélère la transmission et réduit les coûts du fournisseur d'accès Internet ne rend pas *nécessaire* le recours à une antémémoire pour qu'il y ait communication. Statuer en sens contraire affaiblirait davantage les droits des titulaires de droits d'auteur à une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres par autrui.

2. La juge Sharlow (dissidente en partie)

La juge Sharlow n'était pas d'accord avec l'interprétation, par les juges majoritaires, du mot « nécessaires » employé à l'al. 2.4(1)(b) et elle a conclu que, dans le contexte de cet alinéa, il faut tenir pour « nécessaire » à la communication ce qui la rend réalisable ou plus pratique. Elle a donc convenu avec la Commission que les intermédiaires qui recourent à la mise en antémémoire ont droit à la protection de l'al. 2.4(1)(b) de la Loi.

IV. Analyse

Notre Cour a récemment dit de la *Loi sur le droit d'auteur* qu'elle établit « un équilibre entre, d'une

public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated)” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at para. 30; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, at para. 10). The capacity of the Internet to disseminate “works of the arts and intellect” is one of the great innovations of the information age. Its use should be facilitated rather than discouraged, but this should not be done unfairly at the expense of those who created the works of arts and intellect in the first place.

The issue of the proper balance in matters of copyright plays out against the much larger conundrum of trying to apply national laws to a fast-evolving technology that in essence respects no national boundaries. Thus in *Citron v. Zundel* (2002), 41 C.H.R.R. D/274, the Canadian Human Rights Tribunal wrestled with jurisdiction over an alleged hate Web site supplied with content from Toronto but posted from a host server in California. In *Reference re Earth Future Lottery*, [2003] 1 S.C.R. 123, 2003 SCC 10, the issue was whether sales of tickets from an Internet lottery in Prince Edward Island constituted gambling “in the province” when almost all of the targeted on-line purchasers resided elsewhere. The “cyber libel” cases multiply. In *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, the British Columbia Court of Appeal refused to enforce a Texas judgment for Internet defamation against a B.C. resident where the B.C. resident’s only connection with Texas was “passive posting on an electronic bulletin board” (para. 66). There was no proof that anyone in Texas had actually looked at it. On the other hand, in *Dow Jones & Co. v. Gutnick* (2002), 194 A.L.R. 433, [2002] HCA 56, the High Court of Australia accepted jurisdiction over a defamation action in respect of material uploaded onto the defendant’s server in New Jersey and downloaded by end users in the State of Victoria. The issue of global forum shopping for actions for Internet torts has scarcely been addressed. The availability of child

part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l’assurance que personne d’autre que le créateur ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés) » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 30; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, par. 10). La possibilité de diffuser des « œuvres artistiques et intellectuelles » grâce à l’Internet est l’une des grandes innovations de l’ère de l’information. Le recours à l’Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d’œuvres artistiques et intellectuelles.

La réalisation d’un juste équilibre dans le domaine du droit d’auteur se heurte au problème beaucoup plus complexe de l’application de lois nationales à une technologie qui évolue rapidement et qui, par essence, ne respecte aucune frontière nationale. Par exemple, dans l’affaire *Citron c. Zundel* (2002), 41 C.H.R.R. D/274, le Tribunal canadien des droits de la personne était aux prises avec la compétence à l’égard d’un site Web dont on alléguait le caractère haineux; le contenu provenait de Toronto mais était rendu disponible à partir d’un serveur hôte situé en Californie. Dans le *Renvoi relatif à la Earth Future Lottery*, [2003] 1 R.C.S. 123, 2003 CSC 10, notre Cour était appelée à décider si la vente de billets de loterie sur l’Internet à l’Île-du-Prince-Édouard constituait un jeu [TRADUCTION] « dans la province », la quasi-totalité des acheteurs en ligne visés résidant à l’extérieur de la province. Les affaires de diffamation sur l’Internet se multiplient. Dans *Braintech, Inc. c. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé d’exécuter un jugement rendu au Texas contre un citoyen de la province dont le seul lien avec le Texas était [TRADUCTION] « l’affichage passif sur un babillard électronique » (par. 66). Aucune preuve n’établissait que qui ce soit au Texas avait effectivement pris connaissance des données. En revanche, dans *Dow Jones & Co. c. Gutnick* (2002), 194 A.L.R. 433, [2002] HCA 56, la Haute Cour d’Australie s’est déclarée compétente à l’égard d’une action en

pornography on the Internet is a matter of serious concern. E-commerce is growing. Internet liability is thus a vast field where the legal harvest is only beginning to ripen. It is with an eye to this broader context that the relatively precise questions raised by the Copyright Board must be considered.

A. *Communication Under the Copyright Act*

42

It is an infringement for anyone to do, without the consent of the copyright owner, “anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do” (s. 27(1)), including, since the 1988 amendments, the right “to communicate the work to the public by telecommunication . . . and to authorize any such acts” (s. 3(1)(f) (emphasis added)). In the same series of amendments, “telecommunication” was defined as “any transmission of signs, signals, writings, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system” (s. 2). The Board ruled that a telecommunication occurs when the music is transmitted from the host server to the end user. I agree with this. The respondent says that the appellants as intermediaries participate in any such transmission of their copyrighted works, and authorize others to do so, and should therefore be required to pay compensation fixed under Tariff 22.

43

In the United States, unlike Canada, detailed legislation has now been enacted to deal specifically with the liability of Internet intermediaries; see the *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998). Australia has enacted its *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, No. 110 of 2000. The European Commission has

diffamation relative à des données téléchargées en amont sur le serveur du défendeur au New Jersey, puis téléchargées en aval par des utilisateurs finaux se trouvant dans l’État de Victoria. La question de la recherche d’un tribunal favorable pour entendre une action intentée relativement à un délit lié à l’Internet a à peine été abordée. L’accessibilité de matériel pornographique juvénile sur l’Internet est une question très préoccupante. Le commerce électronique prend de l’ampleur. La responsabilité liée à l’Internet est donc un vaste domaine dans lequel les tribunaux commencent tout juste à se prononcer. C’est en ne perdant pas de vue ce contexte plus général qu’il faut examiner les questions relativement précises soulevées par la Commission du droit d’auteur.

A. *Communication au sens de la Loi sur le droit d’auteur*

Constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’« un acte qu’en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d’exécuter » (par. 27(1)), y compris, depuis les modifications de 1988, « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre [. . .] [et] [. . .] autoriser ces actes » (al. 3(1)f (je souligne)). Suivant ces mêmes modifications, « télécommunication » s’entend de « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique » (art. 2). La Commission a statué qu’il y avait télécommunication lors de la transmission de l’œuvre musicale du serveur hôte à l’utilisateur final. Je suis d’accord. L’intimée prétend qu’en qualité d’intermédiaires, les appelantes participent à pareille transmission de leurs œuvres protégées par le droit d’auteur et autorisent des tiers à faire de même, de sorte qu’elles devraient être tenues de verser la rémunération que prévoit le tarif 22.

Contrairement au Canada, les États-Unis ont adopté des dispositions législatives détaillées sur les obligations des intermédiaires Internet; voir la *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998). L’Australie a adopté la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, n° 110 de 2000. La Commission européenne a adopté un

issued a number of directives, as will be discussed. Parliament's response to the World Intellectual Property Organization's ("WIPO") *Copyright Treaty* (1996), CRNR/DC/94, and the *Performances and Phonograms Treaty* (1996), CRNR/DC/95, remains to be seen. In the meantime, the courts must struggle to transpose a *Copyright Act* designed to implement the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* of 1886, as revised in Berlin in 1908, and subsequent piecemeal amendments, to the information age, and to technologies undreamt of by those early legislators.

The Board took the view that "[t]o occur in Canada, a communication must originate from a server located in Canada on which content has been posted" (p. 459), except perhaps if the content provider has "the intention to communicate it specifically to recipients in Canada" (p. 460). In my view, with respect, this is too rigid and mechanical a test. An Internet communication that crosses one or more national boundaries "occurs" in more than one country, at a minimum the country of transmission and the country of reception. In *Dow Jones, supra*, the defendant argued that the appropriate law should be that of the jurisdiction where the host server is located, but this was rejected in favour of the law of the State of reception by the High Court of Australia. To the extent the Board held that a communication that does not *originate* in Canada does not *occur* in Canada, I disagree with its decision.

At the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before. The work has necessarily been communicated, irrespective of its point of origin. If the communication is by virtue of the Internet, there has been a "telecommunication". To hold otherwise would not only fly in the face of the ordinary use of language but would have serious consequences in other areas of law relevant to the Internet, including Canada's ability to deal with criminal and civil liability for objection-

certain nombre de directives. J'y reviendrai. Le Parlement n'a pas encore donné suite au *Traité sur le droit d'auteur* (1996), CRNR/DC/94, et au *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (1996), CRNR/DC/95, de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI »). Dans l'intervalle, les tribunaux doivent s'efforcer d'appliquer, en cette ère de l'information et à l'égard de technologies que ne pouvaient même pas concevoir les législateurs de l'époque, une loi sur le droit d'auteur visant la mise en œuvre de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1886, révisée à Berlin en 1908, ainsi que des modifications subséquentes apportées ponctuellement à cette loi.

La Commission a considéré que « [p]our que la communication se produise au Canada, il faut qu'elle provienne d'un serveur situé au Canada sur lequel le fichier se trouve » (p. 48), sauf peut-être si le fournisseur du contenu a « l'intention de le communiquer précisément à des destinataires au Canada » (p. 49). Avec égards, j'estime qu'il s'agit d'un critère trop mécanique et trop rigide. La communication Internet qui franchit une ou plusieurs frontières nationales « se produit » dans plus d'un pays, soit à tout le moins dans le pays de transmission et dans le pays de réception. Dans *Dow Jones*, précité, le défendeur soutenait que le droit applicable devait être celui du pays où se trouve le serveur hôte, mais la Haute Cour d'Australie a rejeté sa thèse, privilégiant l'application du droit de l'État de réception. Je suis en désaccord avec la Commission dans la mesure où elle conclut qu'une communication qui ne *provient* pas du Canada ne se *produit* pas au Canada.

À l'issue de la transmission, l'utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu'il n'avait pas auparavant. L'œuvre a nécessairement été communiquée, peu importe sa provenance. Si la communication est effectuée sur l'Internet, il y a « télécommunication ». Conclure en sens contraire irait non seulement à l'encontre du sens ordinaire des mots, mais aurait de graves conséquences dans d'autres domaines de l'application de la loi à l'Internet, notamment en ce qui concerne la possibilité, pour le Canada, d'appliquer le droit pénal et le droit civil

able communications entering the country from abroad.

aux communications indésirables qui nous arrivent de l'étranger.

46 The word "communicate" is an ordinary English word that means to "impart" or "transmit" (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), vol. 1, at p. 463). Communication presupposes a sender and a receiver of what is transmitted; see *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at p. 995. The "communicator" is the sender, not the recipient. Thus, says SOCAN, all those entities located in Canada (other than Backbone Service Providers) who participate in the act of imparting or transmitting a copyrighted work across the Internet are guilty of infringement of the Canadian copyright. Any lesser protection, SOCAN says, would not strike an appropriate balance between the rights of copyright owners and the public interest in the encouragement and dissemination of their musical works (*Théberge, supra*, at para. 30).

Dans son sens ordinaire, le mot « communiquer » signifie « faire connaître » ou « transmettre » (*Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 485). La communication présuppose un expéditeur et un destinataire de ce qui est transmis; voir *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, p. 995. C'est l'expéditeur qui « communique », et non le destinataire. Ainsi, selon la SOCAN, toute entité située au Canada (à l'exclusion d'un fournisseur de services de réseau de base) qui contribue à faire connaître et à transmettre sur l'Internet une œuvre protégée par le droit d'auteur viole le droit d'auteur au Canada. La SOCAN affirme qu'une interprétation plus laxiste ne permettrait pas d'établir un juste équilibre entre les droits des titulaires de droits d'auteur et la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion de leurs œuvres musicales (*Théberge*, précité, par. 30).

47 As the Board ruled against SOCAN on this question, we must decide what standard of judicial review is applicable.

La Commission ayant donné tort à la SOCAN sur ce point, nous devons déterminer quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable.

B. *Standard of Review*

B. *La norme de contrôle*

48 It is not necessary in this case to address at length the "pragmatic and functional" test to determine the appropriate standard of judicial review. I agree with Evans J.A. that a standard of correctness is indicated by the customary four factors: (i) presence or absence of a privative clause, or statutory right of appeal; (ii) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (iii) the purpose of the legislation and any particular provision in issue; and (iv) the nature of the question (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26).

Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'appliquer en détail la méthode « pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable. Je conviens avec le juge Evans que la norme de la décision correcte s'impose au regard des quatre facteurs habituels : (i) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (ii) l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; (iii) l'objet de la loi et de la disposition particulière; (iv) la nature de la question (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26).

49 There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than

Il n'existe dans la loi ni clause privative ni droit d'appel des décisions de la Commission du droit d'auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l'absence de tout membre ayant une formation juridique. La *Loi sur le droit d'auteur* est une loi de portée générale dont l'application relève

tribunaux. The questions at issue in this appeal are legal questions. For example, the Board's ruling that an infringement of copyright does not occur in Canada when the place of transmission from which the communication originates is outside Canada addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate.

None of the parties is challenging the Board's view of the facts themselves. It is the legal significance of the facts that is in issue. In my view, accordingly, the decision of the Board on the legal questions at issue in this appeal should be reviewed on a correctness standard.

C. *Application and Scope of the Copyright Act*

The Federal Court of Appeal was unanimous in its conclusion that copyright infringement occurs in Canada where there is a real and substantial connection between this country and the communication at issue. Evans J.A. stated, at para. 191:

In my opinion, therefore, the Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occur in Canada and can therefore attract liability to pay a royalty to SOCAN.

I agree with the general proposition that the Board erred in holding that the only relevant connection between Canada and the communication is the location of the host server. As a matter of international law and practice, as well as the legislative reach of our Parliament, Canada's jurisdiction is not so limited.

It is a different issue, however, whether Canada intended to *exercise* its copyright jurisdiction to impose copyright liability on every participant in an Internet communication with "a real and substantial connection" to Canada. This second issue

habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. Par exemple, en concluant à l'absence de violation du droit d'auteur au Canada lorsque la communication est transmise à partir de l'étranger, la Commission a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission.

Aucune des parties ne conteste l'appréciation des faits par la Commission. C'est leur portée juridique qui est en cause. C'est pourquoi, à mon avis, le contrôle de la décision de la Commission quant aux questions de droit que soulève le présent pourvoi doit se faire en fonction de la norme de la décision correcte.

C. *Application et portée de la Loi sur le droit d'auteur*

La Cour d'appel fédérale a conclu à l'unanimité à la violation du droit d'auteur au Canada lorsqu'il existe un lien réel et important entre notre pays et la communication en cause. Le juge Evans a dit (par. 191) :

J'estime donc que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en ignorant tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et sont par conséquent susceptibles d'engendrer l'obligation de verser des redevances à la SOCAN.

Je suis d'accord avec l'affirmation générale selon laquelle la Commission a conclu à tort que le seul facteur de rattachement pertinent entre le Canada et la communication est l'emplacement du serveur hôte. Au regard du droit international et de la pratique y afférente, ainsi que de la portée des lois du Parlement, la compétence du Canada n'est pas aussi restreinte.

C'est une autre question, toutefois, que celle de savoir si l'intention du législateur canadien était d'*exercer* sa compétence en matière de droits d'auteur de façon à contraindre au versement de redevances tout participant à une communication

50

51

52

53

raises questions of statutory interpretation of the *Copyright Act*.

1. Canada's Legislative Reach

54 While the Parliament of Canada, unlike the legislatures of the Provinces, has the legislative competence to enact laws having extraterritorial effect, it is presumed not to intend to do so, in the absence of clear words or necessary implication to the contrary. This is because “[i]n our modern world of easy travel and with the emergence of a global economic order, chaotic situations would often result if the principle of territorial jurisdiction were not, at least generally, respected”; see *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1051, *per* La Forest J.

55 While the notion of comity among independent nation States lacks the constitutional status it enjoys among the provinces of the Canadian federation (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1098), and does not operate as a limitation on Parliament’s legislative competence, the courts nevertheless presume, in the absence of clear words to the contrary, that Parliament did not intend its legislation to receive extraterritorial application.

56 Copyright law respects the territorial principle, reflecting the implementation of a “web of inter-linking international treaties” based on the principle of national treatment (see D. Vaver, *Copyright Law* (2000), at p. 14).

57 The applicability of our *Copyright Act* to communications that have international participants will depend on whether there is a sufficient connection between this country and the communication in question for Canada to apply its law consistent with the “principles of order and fairness . . . that ensure security of [cross-border] transactions with justice”; see *Morguard Investments*, *supra*, at p. 1097; see also *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, at para. 56; *Sullivan and Driedger*

Internet ayant « un lien réel et important » avec le Canada. Le règlement de cette deuxième question exige l’interprétation des dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur*.

1. La portée des lois canadiennes

Même si, contrairement aux législatures provinciales, le Parlement du Canada a le pouvoir d’adopter une loi ayant une portée extraterritoriale, en l’absence d’un libellé clair ou d’une déduction nécessaire à l’effet contraire, il est présumé ne pas avoir voulu le faire. Il en est ainsi parce qu’« [é]tant donné la facilité de voyager dans le monde moderne et l’émergence d’un ordre économique mondial, la situation deviendrait souvent chaotique si le principe de la compétence territoriale n’était pas respecté, du moins de façon générale »; voir *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1051, le juge La Forest.

Bien que la notion de courtoisie ne soit pas reconnue constitutionnellement entre les États indépendants comme elle l’est entre les provinces de la fédération canadienne (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1098) et qu’elle n’ait pas pour effet de restreindre la compétence législative du Parlement, les tribunaux tiennent néanmoins pour acquis, à défaut d’un libellé manifestement contraire, que le législateur n’a pas voulu conférer à une loi une portée extraterritoriale.

Les dispositions législatives sur le droit d’auteur respectent le principe de la territorialité, reflétant la mise en œuvre d’un [TRADUCTION] « réseau de traités internationaux interreliés » compte tenu du principe du traitement national (voir D. Vaver, *Copyright Law* (2000), p. 14).

L’applicabilité de la *Loi sur le droit d’auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d’autres pays dépend de l’existence entre le Canada et la communication d’un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux « principes d’ordre et d’équité [. . .] qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations [transfrontalières] »; voir *Morguard Investments*, précité, p. 1097; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, par. 56; *Sullivan and*

on the Construction of Statutes (4th ed. 2002), at pp. 601-2.

Helpful guidance on the jurisdictional point is offered by La Forest J. in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178. That case involved a fraudulent stock scheme. U.S. purchasers were solicited by telephone from Toronto, and their investment monies (which the Toronto accused caused to be routed through Central America) wound up in Canada. The accused contended that the crime, if any, had occurred in the United States, but La Forest J. took the view that “[t]his kind of thinking has, perhaps not altogether fairly, given rise to the reproach that a lawyer is a person who can look at a thing connected with another as not being so connected. For everyone knows that the transaction in the present case is both here and there” (p. 208 (emphasis added)). Speaking for the Court, he stated the relevant territorial principle as follows (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 . . . [Emphasis added.]

So also, in my view, a telecommunication from a foreign state to Canada, or a telecommunication from Canada to a foreign state, “is both here and there”. Receipt may be no less “significant” a connecting factor than the point of origin (not to mention the physical location of the host server, which may be in a third country). To the same effect, see *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 52; *Kitakufe v. Oloya*, [1998] O.J. No. 2537 (QL) (Gen. Div.). In the factual situation at issue in *Citron v. Zundel*, *supra*, for example, the fact that the host server was located in California was scarcely conclusive in a situation where both the content provider (Zundel) and a major part of his target audience were located in Canada. The *Zundel* case was

Driedger on the Construction of Statutes (4^e éd. 2002), p. 601-602.

Dans l’arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, le juge La Forest a clarifié la question de la compétence. Il s’agissait d’une affaire de combine frauduleuse pour vendre des actions. Des vendeurs se trouvant à Toronto sollicitaient au téléphone des acheteurs aux États-Unis, et l’argent investi par ces derniers (que l’accusé à Toronto faisait passer par l’Amérique centrale) se retrouvait finalement au Canada. L’accusé soutenait que le crime, à supposer qu’il y en ait eu un, avait été perpétré aux États-Unis. Or, le juge La Forest a estimé que « [c]e genre de raisonnement a provoqué, peut-être pas tout à fait à juste titre, le reproche selon lequel un avocat est une personne qui peut considérer des choses connexes comme non reliées entre elles. En effet, tout le monde sait que l’opération en l’espèce se situe à la fois ici et à l’autre endroit » (p. 208 (je souligne)). S’exprimant au nom de notre Cour, il a formulé comme suit le principe de la territorialité applicable (p. 212-213) :

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 . . . [Je souligne.]

Aussi, à mon avis, une télécommunication effectuée à partir d’un pays étranger vers le Canada ou à partir du Canada vers un pays étranger « se situe à la fois ici et à l’autre endroit ». Le lieu de réception peut constituer un facteur de rattachement tout aussi « important » que le lieu d’origine (sans compter l’emplacement physique du serveur hôte, qui peut se trouver dans un pays tiers). Voir, dans le même sens, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 52; et *Kitakufe c. Oloya*, [1998] O.J. No. 2537 (QL) (Div. gén.). Dans l’affaire *Citron c. Zundel*, précitée, par exemple, le fait que le serveur hôte était situé en Californie était peu concluant dans la mesure où tant le fournisseur de contenu (Zundel) que la majeure partie de son public cible se trouvaient au Canada.

decided on grounds related to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, but for present purposes the object lesson of those facts is nevertheless instructive.

60

The “real and substantial connection” test was adopted and developed by this Court in *Morguard Investments*, *supra*, at pp. 1108-9; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 325-26 and 328; and *Tolofson*, *supra*, at p. 1049. The test has been reaffirmed and applied more recently in cases such as *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at para. 71; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Unifund*, *supra*, at para. 54; and *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72. From the outset, the real and substantial connection test has been viewed as an appropriate way to “prevent overreaching . . . and [to restrict] the exercise of jurisdiction over extraterritorial and transnational transactions” (La Forest J. in *Tolofson*, *supra*, at p. 1049). The test reflects the underlying reality of “the territorial limits of law under the international legal order” and respect for the legitimate actions of other states inherent in the principle of international comity (*Tolofson*, at p. 1047). A real and substantial connection to Canada is sufficient to support the application of our *Copyright Act* to international Internet transmissions in a way that will accord with international comity and be consistent with the objectives of order and fairness.

61

In terms of the Internet, relevant connecting factors would include the *situs* of the content provider, the host server, the intermediaries and the end user. The weight to be given to any particular factor will vary with the circumstances and the nature of the dispute.

62

Canada clearly has a significant interest in the flow of information in and out of the country. Canada regulates the reception of broadcasting signals in Canada wherever originated; see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42. Our courts and tribunals regularly take jurisdiction in matters of civil liability arising out of foreign transmissions which are received and

La décision rendue s’appuyait sur des motifs liés à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais pour les besoins du présent pourvoi, l’illustration demeure néanmoins instructive.

Notre Cour a adopté puis développé le critère du « lien réel et important » dans *Morguard Investments Ltd.*, précité, p. 1108-1109; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, 326 et 328; et *Tolofson*, précité, p. 1049. Ce critère a été confirmé et appliqué plus récemment dans *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Unifund*, précité, par. 54; et *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72. Dès le départ, le critère du lien réel et important a été considéré comme un moyen approprié d’« éviter que l’on aille trop loin [. . .] et [de] restreindre l’exercice de compétence sur les opérations extraterritoriales et transnationales » (le juge La Forest dans *Tolofson*, précité, p. 1049). Il reflète la réalité sous-jacente de « la territorialité des lois selon l’ordre juridique international » et du respect des mesures légitimes prises par un autre État qui est inhérent au principe de la courtoisie internationale (*Tolofson*, p. 1047). L’existence d’un lien réel et important avec le Canada suffit pour que notre *Loi sur le droit d’auteur* s’applique aux transmissions Internet internationales conformément au principe de la courtoisie internationale et aux objectifs d’ordre et d’équité.

En ce qui concerne l’Internet, le facteur de rattachement pertinent est le *situs* du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l’utilisateur final. L’importance à accorder au *situs* de l’un d’eux en particulier varie selon les circonstances de l’affaire et la nature du litige.

Il est clair que l’information qui entre au Canada et qui en sort présente un intérêt considérable pour notre pays. Le Canada réglemente la réception des signaux de radiodiffusion sur son territoire indépendamment de leur origine; voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42. Nos tribunaux judiciaires et administratifs se penchent régulièrement sur la

have their impact here; see *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1 (Alta. C.A.); *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658.

Generally speaking, this Court has recognized, as a sufficient “connection” for taking jurisdiction, situations where Canada is the country of transmission (*Libman, supra*) or the country of reception (*Liberty Net, supra*). This jurisdictional posture is consistent with international copyright practice.

In a recent decision of the European Commission involving “simulcasting”, a model reciprocal agreement approved by the Commission was based on the country-of-destination principle. The decision commented that according to the principle “which appears to reflect the current legal situation in copyright law, the act of communication to the public of a copyright protected work takes place not only in the country of origin (emission-State) but also in all the States where the signals can be received (reception-States)”: *Commission Decision of 8 October 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement* (Case No. COMP/C2/38.014 — IFPI “Simulcasting”), para. 21 (emphasis added).

Canada is a signatory but not yet a party to the *WIPO Copyright Treaty*. This treaty responded to the development of the Internet and other on-demand telecommunications technology. Article 8 provides that:

... authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

The “making available” right is generally exercised at the point of transmission. This does not deny the interest of the country of reception but avoids, as a

responsabilité délictuelle découlant de transmissions en provenance de l'étranger qui sont reçues et ont des répercussions au pays; voir *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A. Alb.); *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658.

Notre Cour a généralement reconnu l'existence d'un « lien » justifiant l'exercice de la compétence lorsque le Canada était le pays de transmission (*Libman, précité*) ou de réception (*Liberty Net, précité*). Sa position est dans le droit fil des pratiques internationales en matière de droits d'auteur.

Dans une affaire récente portant sur la diffusion en « simulcast », un accord réciproque type approuvé par la Commission européenne reposait sur le principe du pays de destination. La Commission a signalé que suivant le principe « qui reflète, semble-t-il, la situation juridique actuelle en matière de droits d'auteur, l'acte consistant à communiquer au public une œuvre protégée par le droit d'auteur a lieu non seulement dans le pays d'origine (pays d'émission), mais aussi dans les pays où les signaux peuvent être reçus (pays de réception) » : *Décision de la Commission du 8 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE* (Affaire COMP/C2/38.014 — IFPI « Simulcast »), par. 21 (je souligne).

Le Canada est signataire du *Traité sur le droit d'auteur* de l'OMPI, mais n'y est pas encore partie. Ce traité fait suite à l'essor de l'Internet et des autres technologies de télécommunication sur demande. L'article 8 prévoit :

... les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

Le droit de « mise à la disposition » est généralement exercé au lieu de la transmission. Le but n'est pas de nier le droit du pays de réception, mais

63

64

65

matter of policy, a “layering” of royalty obligations in different countries that are parties to the WIPO *Copyright Treaty*.

d’éviter la superposition des redevances dans les différents pays qui sont parties au traité.

66

In 2000, the European Commission issued what is known as its *E-Commerce Directive*; see *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”)*, [2000] O.J. L. 178/1. Its purpose was to ensure the free movement among Member States of “information society services”, defined as “any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment . . . and at the individual request of a recipient of a service” (Preamble, clause 17). The *E-Commerce Directive* preferred as a matter of policy the law of the Member State on whose territory the service provider is established (art. 3(1)). It was thought that “[i]nformation society services should be supervised at the source of the activity . . . to that end, it is necessary to ensure that the competent authority provides such protection not only for the citizens of its own country but for all Community citizens” (Preamble, clause 22 (emphasis added)). The Directive notes that the place where a service provider is established should be determined by the case law of the European Court of Justice, which holds that the proper *situs* is not the place where the technology is, or the place where the person accessing the service is, but rather where the service provider’s centre of activities is (Preamble, clause 19); see G. J. H. Smith, *Internet Law and Regulation* (3rd ed. 2002), at p. 269.

En 2000, la Commission européenne a publié sa *Directive sur le commerce électronique*; voir *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »)*, [2000] J.O. L. 178/1. L’objectif était d’assurer la libre circulation entre les États membres des « services de la société de l’information », c’est-à-dire « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d’équipement électronique [. . .] à la demande individuelle d’un destinataire de services » (préambule, par. 17). La *Directive sur le commerce électronique* donne préséance aux dispositions de l’État membre où est établi le fournisseur de services (art. 3, par. 1). On a estimé que « [l]e contrôle des services de la société de l’information doit se faire à la source de l’activité [. . .] Pour cela, il est nécessaire de garantir que l’autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l’ensemble des citoyens de la Communauté » (préambule, par. 22 (je souligne)). La directive prévoit que le lieu d’établissement du prestataire est déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de justice selon laquelle il ne s’agit pas du lieu où se trouve la technologie ni de celui où se trouve la personne ayant accès au service, mais bien du lieu dans lequel le prestataire a le centre de ses activités (préambule, par. 19). Voir G. J. H. Smith, *Internet Law and Regulation* (3^e éd. 2002), p. 269.

67

Supranational organizations such as the European Commission may thus allocate responsibility among their member States — whether the state of transmission or the state of reception — as a matter of policy. In the absence of such regional or international arrangements, the territorial nature of copyright law must be respected.

Un organisme supranational comme la Commission européenne peut donc avoir pour politique générale de répartir l’obligation de verser des redevances entre ses États membres, qu’il s’agisse du pays de transmission ou du pays de réception. En l’absence d’un accord régional ou international en ce sens, la nature territoriale du droit d’auteur doit être respectée.

National practice confirms that *either* the country of transmission *or* the country of reception may take jurisdiction over a “communication” linked to its territory, although whether it chooses to do so is a matter of legislative or judicial policy; see generally M. V. Pietsch, “International Copyright Infringement and the Internet: An Analysis of the Existing Means of Enforcement” (2001-2002), 24 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 273.

(a) *The United States*

At present there is authority in the United States for taking copyright jurisdiction over both the sender of the transmission out of the United States and the receiver in the United States of material from outside that country.

In *National Football League v. PrimeTime 24 Joint Venture*, 211 F.3d 10 (2d Cir. 2000), the U.S. defendant caused satellite transmission of NFL football games from the U.S. to Canada. The court found this to violate the NFL’s U.S. copyright even though the broadcasts were being sent to the satellite and thence to Canada for Canadian viewers. The United States was the country of transmission. It was held sufficient to constitute U.S. copyright infringement that a significant step in the telecommunication had taken place in the United States (at p. 13):

... it is clear that PrimeTime’s uplink transmission of signals captured in the United States is a step in the process by which NFL’s protected work wends its way to a public audience. In short, PrimeTime publicly displayed or performed material in which the NFL owns the copyright. Because PrimeTime did not have authorization to make such a public performance, PrimeTime infringed the NFL’s copyright.

At the same time, some U.S. courts take the view that U.S. copyright is also breached when the U.S. is the country of reception. Thus in *Los Angeles News Service v. Conus Communications Co.*, 969 F.Supp. 579 (C.D. Cal. 1997), the plaintiff had videotaped riots that occurred in Los Angeles in connection with the Rodney King assault case. The CBC broadcast some of the footage in Canada. Inevitably, some homes in border States saw the CBC broadcast. The

La pratique nationale confirme que *soit* le pays de transmission, *soit* le pays de réception peut s’attribuer compétence à l’égard d’une « communication » ayant un lien avec son territoire, mais sa décision relève de la politique législative ou judiciaire; voir généralement M. V. Pietsch, « International Copyright Infringement and the Internet: An Analysis of the Existing Means of Enforcement » (2001-2002), 24 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 273.

a) *États-Unis*

Suivant certaines décisions judiciaires rendues aux États-Unis, la compétence en matière de droits d’auteur peut être exercée tant à l’égard de l’expéditeur des fichiers qui se trouve à l’étranger que de la personne qui les reçoit aux États-Unis.

Dans *National Football League c. PrimeTime 24 Joint Venture*, 211 F.3d 10 (2d Cir. 2000), la partie défenderesse, qui était américaine, était à l’origine de la transmission par satellite de matchs de football de la NFL des États-Unis vers le Canada. La cour a conclu que cela violait le droit d’auteur de la NFL aux États-Unis, même si les signaux étaient transmis à un satellite et, de là, au Canada, à l’intention des téléspectateurs canadiens. Les États-Unis étaient le pays de transmission. Selon la cour, le fait qu’une étape importante de la télécommunication avait eu lieu aux États-Unis suffisait pour qu’il y ait violation du droit d’auteur dans ce pays (p. 13) :

[TRADUCTION] ... il est évident que la transmission sens terre-satellite, par PrimeTime, de signaux captés aux États-Unis constitue une étape dans le processus grâce auquel une œuvre protégée de la NFL atteint un auditoire. En somme, PrimeTime a présenté au public ou diffusé à son intention du matériel sur lequel la NFL avait un droit d’auteur. Comme elle n’avait pas l’autorisation de le faire, elle a violé le droit d’auteur de la NFL.

Il appert cependant d’autres décisions états-uniennes que les dispositions américaines sur le droit d’auteur sont également violées lorsque les États-Unis sont le pays de réception. Ainsi, dans *Los Angeles News Service c. Conus Communications Co.*, 969 F.Supp. 579 (C.D. Cal. 1997), la partie demanderesse avait enregistré sur bande vidéo les émeutes qui s’étaient produites à Los Angeles relativement à l’affaire Rodney King (policiers accusés de

68

69

70

71

plaintiff alleged breach of U.S. copyright. The CBC moved to dismiss the U.S. proceeding for lack of jurisdiction, but was unsuccessful. The court held, at pp. 583-84:

Under the plain language of the Act, the subject footage was “displayed” on television sets within the United States within the meaning of the Copyright Act. To find otherwise would leave a substantial loophole in the copyright laws. Broadcasters could deliberately transmit potentially infringing material from locations across the U.S. borders for display in the United States without regard to the rights of copyright owners set forth in the U.S. Copyright Act.

voies de fait à son endroit). La SRC en avait diffusé des extraits au Canada. Inévitablement, ces images avaient été captées dans certains États frontaliers. La partie demanderesse a allégué la violation du droit d’auteur aux États-Unis. La SRC a demandé le rejet de l’action pour défaut de compétence, mais elle a été déboutée. La cour a statué aux p. 583-584 :

[TRADUCTION] Suivant le sens ordinaire des mots employés dans la loi, les images en cause ont été « présentées » à la télévision sur des appareils se trouvant aux États-Unis, au sens de la Copyright Act. Conclure en sens contraire affaiblirait sensiblement les dispositions sur le droit d’auteur. Un radiodiffuseur pourrait transmettre délibérément des images susceptibles de violer le droit d’auteur à partir d’endroits situés à l’extérieur du territoire américain pour qu’elles soient ensuite diffusées aux États-Unis au mépris des droits conférés aux titulaires de droits d’auteur par la Copyright Act des États-Unis.

De même, dans l’affaire *National Football League c. TVRadioNow Corp.*, 53 USPQ2d 1831 (W.D. Pa. 2000), la cour a conclu qu’un site Web canadien qui permettait d’avoir accès dans le monde entier à la télédistribution américaine grâce à l’Internet violait les droits de transmission aux États-Unis des titulaires de droits d’auteur même si la défendresse était située au Canada et que l’on pouvait soutenir qu’elle ne violait pas les dispositions canadiennes sur le droit d’auteur.

72 Equally, in *National Football League v. TVRadioNow Corp.*, 53 USPQ2d 1831 (W.D. Pa. 2000), the court found that a Web site in Canada that “streamed” U.S. cable television through the Internet with worldwide availability infringed the U.S. transmission rights of the copyright owners despite the fact that the defendant was located in Canada and arguably was not in violation of Canadian copyright laws.

(b) *Australia*

73 Australia has recently adopted the *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* to implement its obligations under the WIPO treaties. The definition of “communication to the public” appears to apply Australian copyright law to communications entirely within Australia, those originating within Australia and received by an end user outside Australia, and those originating outside Australia but received by an end user in Australia:

b) *Australie*

Récemment, l’Australie a adopté la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* pour s’acquitter de ses obligations découlant des traités de l’OMPI. La définition de « communication au public » paraît faire en sorte que les dispositions australiennes sur le droit d’auteur s’appliquent aux communications effectuées en totalité en Australie, à celles qui proviennent de l’Australie et qui sont reçues par un utilisateur final à l’étranger, ainsi qu’à celles qui proviennent de l’étranger et qui sont reçues par un utilisateur final en Australie :

[TRADUCTION]

10. Interpretation

(1) In this Act, unless the contrary intention appears:

10. Interprétation

(1) Sauf indication contraire, les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

communicate means make available online or electronically transmit (whether over a path, or a combination of paths, provided by a material substance or otherwise) a work or other subject-matter.

to the public means to the public within or outside Australia. [Emphasis added.]

(*Copyright Act 1968* (Australia), No. 63 of 1968, s. 10(1), as amended by the *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, Sch.1, ss. 6 and 16)

The definition of “to the public” seems to permit Australian copyright holders to exact royalties on both communication from Australia of material directed to overseas audiences as well as overseas communications received in Australia.

(c) *France*

An analysis of liability in France suggests that “[c]ourts will likely assert jurisdiction not only over transmissions from France, but also transmissions into France that are alleged to cause damage” (emphasis added); see D. J. Gervais, “Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States” (2001), 34 *Vand. J. Transnatl. L.* 1363, at p. 1376. In *UEJF v. Yahoo! Inc.*, Trib. gr. inst. Paris, May 22, 2000, the court ordered Yahoo! Inc., a U.S. based Internet company, to block access by French users to an Internet auction offering Nazi paraphernalia because [TRANSLATION] “the harm is suffered in France”. (The U.S. courts refused to give effect in the United States to the French court order, not on jurisdictional grounds as such, but based on First Amendment rights; see *Yahoo! Inc. v. Ligue contre le racisme et l’antisémitisme*, 145 F.Supp.2d 1168 (N.D. Cal. 2001).)

au public Au public en Australie ou à l’étranger.

communiquer Rendre disponible en ligne ou transmettre par voie électronique (au moyen d’un chemin, ou d’une combinaison de chemins, assuré par un support matériel ou autrement) une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur. [Je souligne.]

(*Copyright Act 1968* (Australie), n° 63 de 1968, par. 10(1), modifiée par la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, ann. 1, art. 6 et 16)

La définition d’« au public » semble permettre au titulaire du droit d’auteur australien d’exiger des redevances tant à l’égard de la communication, à partir de l’Australie, de matériel destiné à un auditoire étranger que de la communication, à partir de l’étranger, de matériel destiné aux Australiens.

c) *France*

L’analyse de la situation en France donne à penser que [TRADUCTION] « [l]es tribunaux s’attribuent compétence non seulement à l’égard des transmissions effectuées à partir de la France, mais aussi à l’égard des transmissions vers la France dont on allègue qu’elles sont préjudiciables » (je souligne); voir D. J. Gervais, « Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States » (2001), 34 *Vand. J. Transnatl. L.* 1363, p. 1376. Dans *UEJF c. Yahoo! Inc.* (22 mai 2000), le Tribunal de grande instance de Paris a ordonné à Yahoo! Inc., une société Internet établie aux États-Unis, d’empêcher les utilisateurs français d’avoir accès à la vente aux enchères, sur l’Internet, d’une panoplie d’objets nazis parce que le « dommage [était] subi en France ». (Les tribunaux américains ont refusé de donner effet à la décision française non pas pour des motifs liés à la compétence, mais sur le fondement des droits garantis par le Premier Amendement : *Yahoo! Inc. c. Ligue contre le racisme et l’antisémitisme*, 145 F.Supp.2d 1168 (N.D. Cal. 2001).)

74

75

76 Accordingly, the conclusion that Canada *could* exercise copyright jurisdiction in respect both of transmissions originating here and transmissions originating abroad but received here is not only consistent with our general law (*Libman, supra*, and *Liberty Net, supra*), but with both national and international copyright practice.

77 This conclusion does not, of course, imply imposition of automatic copyright liability on foreign content providers whose music is telecommunicated to a Canadian end user. Whether or not a real and substantial connection exists will turn on the facts of a particular transmission (*Braintech, supra*). It is unnecessary to say more on this point because the Canadian copyright liability of foreign content providers is not an issue that arises for determination in this appeal, although, as stated, the Board itself intimated that where a foreign transmission is aimed at Canada, copyright liability might attach.

78 This conclusion also raises the spectre of imposition of copyright duties on a single telecommunication in both the State of transmission and the State of reception, but as with other fields of overlapping liability (taxation for example), the answer lies in the making of international or bilateral agreements, not in national courts straining to find some jurisdictional infirmity in either State.

2. The Interpretation of the Copyright Act

79 I therefore turn to the question of the extent to which Canada has exercised its copyright jurisdiction in relation to the Internet Service Providers at issue in this appeal.

80 SOCAN asserts Canadian copyright in the material transmitted from outside Canada to an end user in Canada. It is true that end users in Canada wind up with copyrighted material in their possession, and a communication to the Canadian user has therefore

Par conséquent, la conclusion selon laquelle le Canada *pourrait* exercer sa compétence en matière de droits d'auteur à l'égard tant des transmissions effectuées au pays que de celles provenant de l'étranger est conforme non seulement à notre droit général (*Libman, précité*, et *Liberty Net, précité*), mais aussi aux pratiques nationales et internationales en la matière.

Évidemment, il ne s'ensuit pas automatiquement que les fournisseurs de contenu étrangers dont les fichiers musicaux sont communiqués à un utilisateur final au Canada ont l'obligation de verser des redevances. L'existence d'un lien réel et important dépend des circonstances de la transmission (*Braintech, précité*). Inutile de s'attarder sur ce point puisque notre Cour n'est pas appelée en l'espèce à se prononcer sur la responsabilité des fournisseurs de contenu étrangers au regard des dispositions canadiennes sur le droit d'auteur, même si la Commission a laissé entendre que des redevances pouvaient être exigibles à l'égard d'une transmission étrangère destinée au Canada.

Cette conclusion soulève également la crainte que l'on doive verser des redevances pour une même communication tant dans le pays de transmission que dans le pays de réception. Or, comme c'est le cas pour d'autres domaines où il y a chevauchement d'obligations (en matière fiscale, par exemple), la solution réside dans la conclusion d'accords internationaux ou bilatéraux, et non dans la recherche, par les tribunaux nationaux, d'une faille au chapitre de la compétence dans l'un ou l'autre des pays.

2. L'interprétation de la Loi sur le droit d'auteur

J'examinerai maintenant dans quelle mesure le Canada a exercé sa compétence en matière de droits d'auteur à l'égard des fournisseurs de services Internet visés en l'espèce.

La SOCAN prétend que les dispositions canadiennes sur le droit d'auteur s'appliquent au matériel transmis de l'étranger à un utilisateur final au Canada. Il est vrai que ce dernier se retrouve en possession d'une œuvre protégée par le droit d'auteur,

occurred. The question is whether Tariff 22 imposes a licensing requirement on the appellants and others performing an intermediary function in telecommunications.

At this point the prospect of seeking to collect royalties from foreign infringers is not an attractive prospect for SOCAN. The question therefore is whether any or all of the appellants, in the ordinary course of their business, impart or transmit copyrighted music, and thereby do themselves infringe the copyrights represented by the respondent, within the meaning of the Act.

In Canada, copyright is a creature of statute, and the rights and remedies provided by the *Copyright Act* are exhaustive; see *CCH, supra*, at para. 9; *Théberge, supra*, at para. 5; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373.

The respondent must show that the appellants infringed its “sole right”, in relation to the musical works at issue, to “communicate to the public by telecommunication”.

This will require consideration of two related legal issues:

- (i) Can the appellants claim the protection of the limitation in s. 2.4.(1)(b)?
- (ii) What is the meaning of “authorization” of copyright infringement, in the context of Internet communications?

(a) *The Section 2.4(1)(b) Protection*

A telecommunication starts, as the Board found, at p. 450, with the content provider.

The fact that [the communication] is achieved at the request of the recipient or through an agent neither adds to, nor detracts from the fact that the content provider effects the communication.

The 1988 amendments to the *Copyright Act* specify that participants in a telecommunication who only provide “the means of telecommunication

de sorte qu’il y a eu communication à un utilisateur canadien. La question est de savoir si le tarif 22 oblige les appelantes et tout autre intermédiaire du domaine des télécommunications à obtenir une licence.

Pour l’heure, tenter de percevoir des redevances auprès de contrevenants étrangers n’intéresse guère la SOCAN. Il s’agit donc de déterminer si les appelantes, ou l’une d’elles, dans le cadre habituel de leurs activités, font connaître ou transmettent une œuvre musicale protégée par le droit d’auteur et, de ce fait, violent elles-mêmes les droits d’auteur que gère l’intimée, au sens de la Loi.

Au Canada, le droit d’auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* sont exhaustifs : voir *CCH*, précité, par. 9; *Théberge*, précité, par. 5; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373.

L’intimée doit démontrer que les appelantes ont violé son « droit exclusif » de « communiquer au public, par télécommunication » les œuvres musicales en cause.

L’examen de deux questions de droit connexes s’impose :

- (i) Les appelantes bénéficient-elles de l’exception prévue à l’al. 2.4(1)b)?
- (ii) Que faut-il entendre par « autoriser » la violation du droit d’auteur dans le contexte d’une communication Internet?

a) *La protection prévue par l’al. 2.4(1)b)*

Comme l’a conclu la Commission (à la p. 37), le fournisseur de contenu est à l’origine de la télécommunication.

Le fait que [la communication] se réalise à la demande du destinataire ou par l’intermédiaire d’un tiers ne change rien au fait que le fournisseur de contenu est l’auteur de la communication.

Suivant les modifications apportées en 1988 à la *Loi sur le droit d’auteur*, le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir « les moyens

81

82

83

84

85

86

necessary” are deemed not to be communicators. The section as presently worded provides as follows:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; [Emphasis added.]

87 Parliament did not say that the intermediaries are engaged in communication of copyright content *but* enjoy an immunity. Instead, s. 2.4(1)(b) says that such intermediaries are deemed, for purposes of the *Copyright Act*, not to communicate the work to the public at all. Whether or not intermediaries are parties to the communication for legal purposes other than copyright is an issue that will have to be decided when it arises.

88 The respondent contends that s. 2.4(1)(b) is an exemption from liability and should be read narrowly; but this is incorrect. Under the *Copyright Act*, the rights of the copyright owner and the limitations on those rights should be read together to give “the fair and balanced reading that befits remedial legislation” (*CCH, supra*, at para. 48).

89 Section 2.4(1)(b) is not a loophole but an important element of the balance struck by the statutory copyright scheme. It finds its roots, perhaps, in the defence of innocent dissemination sometimes available to bookstores, libraries, news vendors, and the like who, generally speaking, have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel; see *Menear v. Miguna* (1996), 30 O.R. (3d) 602 (Gen. Div.), rev’d on other grounds (1997), 33 O.R. (3d) 223 (C.A.); *Newton v. City of Vancouver*

de télécommunication nécessaires » n’est pas réputé en être l’auteur. Voici le libellé actuel de l’al. 2.4(1)(b) :

2.4 (1) Les règles qui suivent s’appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

b) n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue; [Je souligne.]

La Loi ne dit pas de l’intermédiaire qu’il est partie à la communication d’un contenu protégé par le droit d’auteur, *mais* qu’il jouit d’une immunité. L’alinéa 2.4(1)(b) prévoit plutôt que, pour l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, il est réputé ne pas communiquer l’œuvre au public. La question de savoir si l’intermédiaire participe à la communication pour l’application d’autres dispositions que celles de la *Loi sur le droit d’auteur* n’a pas à être tranchée dans le présent pourvoi.

L’intimée prétend à tort que l’al. 2.4(1)(b) constitue une exception à la violation du droit d’auteur et doit être interprété restrictivement. Dans la *Loi sur le droit d’auteur*, les droits du titulaire du droit d’auteur et les restrictions y afférentes doivent être considérés de pair et recevoir « l’interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait » (*CCH, précité*, par. 48).

L’alinéa 2.4(1)(b) n’est pas une échappatoire, mais un élément important de l’équilibre établi par le régime législatif en cause. Il tire peut-être son origine du moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi dont peuvent parfois se prévaloir librairies, bibliothèques, marchands de journaux et commerçants apparentés qui, de façon générale, n’ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n’ont aucune raison de supposer son existence et n’ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas; voir *Menear c. Miguna* (1996), 30 O.R. (3d) 602 (Div. gén.), inf. pour d’autres motifs par

(1932), 46 B.C.R. 67 (S.C.); *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith & Son, Ltd.*, [1933] All E.R. Rep. 432 (C.A.). See generally R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at § 7.12(6).

The 1988 amendments, including the predecessor to s. 2.4(1)(b), followed on the recommendation of an all party Sub-Committee on the Revision of Copyright of the House of Commons Standing Committee on Communications and Culture. Its report, entitled *A Charter of Rights for Creators* (1985), identified the need for a broader definition of telecommunication, one that was not dependent on the form of technology, which would provide copyright protection for retransmissions. This led to the adoption of the broad definition of communication in s. 3(1)(f). In conjunction with this, the Committee recommended, at p. 80, that those who participate in the retransmission “solely to serve as an intermediary between the signal source and a retransmitter whose services are offered to the general public” should not be unfairly caught by the expanded definition. The ostensible objective, according to the Committee, was to avoid the unnecessary layering of copyright liability that would result from targeting the “wholesale stage” (p. 80).

The words of s. 2.4(1)(b) must be read in their ordinary and grammatical sense in the proper context. “Necessary” is a word whose meaning varies somewhat with the context. The word, according to *Black’s Law Dictionary*,

may mean something which in the accomplishment of a given object cannot be dispensed with, or it may mean something reasonably useful and proper, and of greater or lesser benefit or convenience, and its force and meaning must be determined with relation to the particular object sought. [Emphasis added.]

(*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1029)

In context, the word “necessary” in s. 2.4(1)(b) is satisfied if the means are reasonably useful and

(1997), 33 O.R. (3d) 223 (C.A.); *Newton c. City of Vancouver* (1932), 46 B.C.R. 67 (C.S.); *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith & Son, Ltd.*, [1933] All E.R. Rep. 432 (C.A.). Voir, de façon générale, R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, par. 7.12(6).

La réforme de 1988, y compris l’adoption de la disposition antérieure à l’al. 2.4(1)(b), faisait suite à la recommandation d’un sous-comité multipartite sur la révision du droit d’auteur du Comité permanent des communications et de la culture de la Chambre des communes. Dans son rapport intitulé *Une charte des droits des créateurs et créatrices* (1985), le sous-comité invoque la nécessité d’une définition plus large du mot télécommunication, une définition qui ne serait pas liée au type de technologie en cause et qui assujettirait les retransmissions aux dispositions sur le droit d’auteur. D’où l’adoption d’une définition large de la communication à l’al. 3(1)(f). Parallèlement, le sous-comité a recommandé (à la p. 88) que celui qui participe à une retransmission « qui n’est destinée qu’à relayer le signal entre la source d’émission et un retransmetteur dont les services sont offerts au grand public » ne soit pas injustement visé par la définition élargie. L’objectif manifeste, selon le sous-comité, était d’éviter la superposition inutile d’obligations relatives au droit d’auteur qui se produirait si l’on ciblait la retransmission « en gros » (p. 88).

Il faut interpréter les termes employés à l’al. 2.4(1)(b) dans leur sens ordinaire et grammatical, selon le contexte. La signification du mot « nécessaire » (« *necessary* », en anglais) varie en quelque sorte en fonction du contexte. Voici la définition qu’en donne le *Black’s Law Dictionary* :

[TRADUCTION] [S]e dit de ce dont on ne peut faire l’économie pour accomplir quelque chose, ou de ce qui est raisonnablement utile et approprié et présente un avantage plus ou moins grand, la force et le sens de ce mot devant être déterminés eu égard à la fin recherchée. [Je souligne.]

(*Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 1029)

Dans le contexte considéré, un moyen est « nécessaire » au sens de l’al. 2.4(1)(b) s’il est raisonna-

proper to achieve the benefits of enhanced economy and efficiency.

92 Section 2.4(1)(b) shields from liability the activities associated with providing the means for another to communicate by telecommunication. “The ‘means’”, as the Board found, “. . . are not limited to routers and other hardware. They include all software connection equipment, connectivity services, hosting and other facilities and services without which such communications would not occur” (p. 452). I agree. So long as an Internet intermediary does not itself engage in acts that relate to the content of the communication, i.e., whose participation is content neutral, but confines itself to providing “a conduit” for information communicated by others, then it will fall within s. 2.4(1)(b). The appellants support this result on a general theory of “Don’t shoot the messenger!”

93 In rejecting SOCAN’s argument on this point, the Board concluded (at p. 453):

In the end, each transmission must be looked at individually to determine whether in that case, an intermediary merely acts as a conduit for communications by other persons, or whether it is acting as something more. Generally speaking, however, it is safe to conclude that with respect to most transmissions, only the person who posts a musical work communicates it. [Emphasis added.]

94 The Board also found, after its analysis of the activities of the various participants in an Internet transmission, that the person who “make[s] the work available for communication” is not the host server provider but the content provider (at p. 450):

Any communication of a work occurs because a person has taken all the required steps to make the work available for communication. The fact that this is achieved at the request of the recipient or through an agent neither adds to, nor detracts from the fact that the content provider effects the communication. [Emphasis added.]

95 This conclusion, as I understand it, is based on the findings of fact by the Board of what an Internet

blement utile et approprié pour l’obtention des avantages que sont une économie et une efficacité accrues.

L’alinéa 2.4(1)b soustrait à l’application des dispositions sur le droit d’auteur les activités liées à la fourniture à un tiers de moyens de télécommunication lui permettant d’effectuer une communication. Comme l’a conclu la Commission, « [l]es “moyens” [. . .] ne se limitent pas aux routeurs et autre matériel. Ils englobent tous les logiciels de connexion, les services assurant la connectivité, les installations et services offrant l’hébergement sans lesquels la communication n’aurait pas lieu » (p. 39). Je suis d’accord. L’intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n’a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d’être « un agent » permettant à autrui de communiquer bénéficie de l’application de l’al. 2.4(1)b. C’est pourquoi les appelantes exhortent notre Cour à ne pas tirer sur de simples messagers.

En rejetant l’argument de la SOCAN sur ce point, la Commission a conclu (p. 40) :

Au bout du compte, il faut prendre chaque transmission isolément afin de décider si, en l’occurrence, un intermédiaire donné est un simple agent permettant à autrui de communiquer ou s’il agit à un autre titre. D’une façon générale, cependant, on peut dire à coup sûr, en ce qui a trait à la plupart des transmissions, que seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci. [Je souligne.]

Après avoir analysé les activités des différents participants à une transmission Internet, la Commission a conclu que la personne qui « [rend l’œuvre] disponible pour communication » n’est pas le fournisseur du serveur hôte, mais le fournisseur de contenu (p. 37) :

Toute communication d’une œuvre a lieu parce qu’une personne a accompli toutes les démarches nécessaires pour la rendre disponible pour communication. Le fait que cela se réalise à la demande du destinataire ou par l’intermédiaire d’un tiers ne change rien au fait que le fournisseur de contenu est l’auteur de la communication. [Je souligne.]

Selon moi, la Commission s’est appuyée à cet égard sur ses conclusions de fait concernant

intermediary, including a host server provider, actually does. To the extent they act as innocent disseminators, they are protected by s. 2.4(1)(b) of the Act. As the Board put it, at p. 452:

As long as its role in respect of any given transmission is limited to providing the means necessary to allow data initiated by other persons to be transmitted over the Internet, and as long as the ancillary services it provides fall short of involving the act of communicating the work or authorizing its communication, it should be allowed to claim the exemption.

I agree with this approach. Having properly instructed itself on the law, the Board found as a fact that the “conduit” begins with the host server. No reason has been shown in this application for judicial review to set aside that conclusion.

A comparable approach to technology infrastructure was taken by this Court in a contract dispute involving telephone companies back in 1891:

The owners of the telephone wires, who are utterly ignorant of the nature of the message intended to be sent, cannot be said within the meaning of the covenant to transmit a message of the purport of which they are ignorant.

(*Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83, at p. 91, per Gwynne J.)

Interpretation of s. 2.4(1)(b) in this way is consistent with art. 8 of the WIPO *Copyright Treaty*. In the accompanying Agreed Statements, the treaty authority states:

It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.

Similarly, the European *E-Commerce Directive* provides, in clause 42 of its Preamble, that Internet intermediaries are not liable where their actions are confined to

the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made

l’activité réelle d’un intermédiaire Internet, y compris le fournisseur du serveur hôte. S’il y a diffusion de bonne foi, l’al. 2.4(1)(b) s’applique. Comme l’a dit la Commission (p. 39) :

Tant que son rôle relativement à une transmission donnée est limité à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d’autrui et destinées à être transmises sur l’Internet, et tant que les services accessoires qu’il fournit ne vont pas jusqu’à la participation à la communication de l’œuvre ou à l’autorisation de sa communication, il convient de lui accorder le bénéfice de l’exemption.

Je partage ce point de vue. Après avoir dûment tenu compte du droit applicable, la Commission a tiré la conclusion de fait que la fonction d’« agent » commence au serveur hôte. Aucune raison invoquée à l’appui de la demande de contrôle judiciaire ne justifie le rejet de cette conclusion.

En 1891, appelée à statuer sur un litige contractuel opposant des compagnies de téléphone, notre Cour a adopté un point de vue comparable relativement à une infrastructure technologique :

[TRADUCTION] On ne peut dire des propriétaires des fils téléphoniques, qui ignorent tout de la nature du message devant être transmis, qu’ils transmettent, au sens de la convention, un message dont ils ignorent la teneur.

(*Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83, p. 91, le juge Gwynne)

Pareille interprétation de l’al. 2.4(1)(b) respecte l’art. 8 du *Traité sur le droit d’auteur* de l’OMPI. Les déclarations communes adoptées relativement à cet article précisent :

Il est entendu que la simple fourniture d’installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne.

De même, la *Directive sur le commerce électronique* européenne prévoit (au par. 42 de son préambule) que l’intermédiaire Internet ne peut être tenu responsable lorsque son activité est limitée

au processus technique d’exploitation et de fourniture d’un accès à un réseau de communication sur lequel les

96

97

98

available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the [Internet intermediary] has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que [l'intermédiaire Internet] n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.

99 While lack of knowledge of the infringing nature of a work is not a defence to copyright actions generally (J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 21-4 and 21-5), nevertheless the presence of such knowledge would be a factor in the evaluation of the "conduit" status of an Internet Service Provider, as discussed below.

L'ignorance du caractère attentatoire d'une activité ne peut être opposée en défense à une action pour violation du droit d'auteur (J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-4 et 21-5), mais le fait d'être conscient de ce caractère attentatoire peut jouer dans la détermination de la qualité d'« agent » de l'intermédiaire Internet, comme je l'indique ci-après.

100 The Internet Service Provider, acting as an intermediary, does not charge a particular fee to its clients for music downloading (although clearly the availability of "free music" is a significant business incentive).

Le fournisseur de services Internet, à titre d'intermédiaire, n'exige pas de frais de ses clients pour le téléchargement d'œuvres musicales (même s'il est clair que l'accès à des « fichiers musicaux gratuits » les incite grandement à faire affaire avec lui).

101 I conclude that the *Copyright Act*, as a matter of legislative policy established by Parliament, does not impose liability for infringement on intermediaries who supply software and hardware to facilitate use of the Internet. The attributes of such a "conduit", as found by the Board, include a lack of actual knowledge of the infringing contents, and the impracticality (both technical and economic) of monitoring the vast amount of material moving through the Internet, which is prodigious. We are told that a large on-line service provider like America Online delivers in the order of 11 million transmissions a day.

À mon avis, suivant la *Loi sur le droit d'auteur*, qui consacre la politique législative du Parlement, l'intermédiaire qui fournit des logiciels et du matériel pour faciliter le recours à l'Internet ne viole pas le droit d'auteur. Comme l'a conclu la Commission, ce qui caractérise entre autres un tel « agent » c'est l'ignorance du contenu attentatoire et l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l'Internet. Un important fournisseur de services en ligne comme America Online effectuée, nous dit-on, quelque onze millions de transmissions par jour.

102 Of course an Internet Service Provider in Canada can play a number of roles. In addition to its function as an intermediary, it may as well act as a content provider, or create embedded links which automatically precipitate a telecommunication of copyrighted music from another source. In such cases, copyright liability may attach to the added functions. The protection provided by s. 2.4(1)(b) relates to a protected function, not to *all* of the activities of a particular Internet Service Provider.

Certes, un fournisseur de services Internet au Canada peut jouer de nombreux rôles. En plus d'agir comme intermédiaire, il peut aussi être fournisseur de contenu ou créer des liens intégrés qui communiquent automatiquement des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur provenant d'autres sources. Dans de tels cas, les fonctions supplémentaires peuvent engager la responsabilité au regard du droit d'auteur. La protection prévue à l'al. 2.4(1)(b) s'applique à une fonction protégée, et non à *toute* activité d'un fournisseur de services Internet.

On the other hand, as Evans J.A. pointed out, at para. 141, Internet Service Providers who operate a host server would not lose the protection of paragraph 2.4(1)(b) by providing their normal facilities and services, such as housing and maintaining the servers, and monitoring “hits” on particular Web pages, because these added services are merely ancillary to the provision of disk space and do not involve any act of communication.

(b) *The Liability of the Host Server*

Having held quite specifically that “the content provider effects the communication” (p. 450) and that “only the person who posts a musical work communicates it” (p. 453 (emphasis added)), the Board added the further limitation that to attract copyright liability, “a communication must originate from a server located in Canada” (p. 459).

This added limitation arose from a misreading by the Board of the earlier decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (“*CAB 1994*”). The Board described what it conceived to be the effect of *CAB 1994* as follows at p. 459:

CAB 1994 makes it clear that communications occur where the transmission originates. The place of origin of the request, the location of the person posting the content and the location of the original Web site are irrelevant. As a result, the right to authorize must be obtained from the person administering the right in Canada only when the information is posted on a Canadian server, and the right to communicate must be obtained from that same person only when the transmission originates from a server located in Canada. [Emphasis added.]

I agree with Evans J.A. that *CAB 1994* which dealt with the *timing* of a transmission, not its *location*, “does not support the Board’s conclusion” (para. 172). The correct view is that a content provider is not immunized from copyright liability by virtue only of the fact it employs a host server outside the country.

Par contre, comme l’a souligné le juge Evans au par. 141 de ses motifs, le fournisseur de services Internet qui exploite un serveur hôte n’est pas privé de la protection de l’al. 2.4(1)(b) lorsqu’il fournit ses installations et services habituels, tels que l’hébergement et la maintenance des serveurs, et qu’il compte les « visites » d’un site Web, ces services supplémentaires étant simplement accessoires à la fourniture d’espace disque et ne constituant pas une communication.

b) *La responsabilité du serveur hôte*

Après avoir expressément conclu que « le fournisseur de contenu est l’auteur de la communication » (p. 37) et que « seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci » (p. 40 (je souligne)), la Commission a ajouté qu’« il faut [que la communication] provienne d’un serveur situé au Canada » pour que s’appliquent les dispositions canadiennes sur le droit d’auteur (p. 48).

Cette restriction supplémentaire découle de l’interprétation erronée d’un arrêt antérieur de la Cour d’appel fédérale : *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [1994] A.C.F. n° 1540 (QL) (« *ACR 1994* »). Voici quel était l’effet, selon la Commission, de cet arrêt (p. 48) :

Il ressort clairement de l’arrêt *ACR 1994* que les communications se produisent au lieu d’où provient la transmission. Le lieu d’origine de la demande, la situation de la personne qui rend disponible le contenu et la situation du site Web initial n’ont aucun rapport. Par conséquent, le droit d’autoriser ne doit être obtenu de la personne qui administre le droit au Canada que lorsque l’information se trouve sur un serveur canadien, et le droit de communiquer ne doit être obtenu de cette même personne que lorsque la transmission provient d’un serveur situé au Canada. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Evans que l’arrêt *ACR 1994*, qui portait non pas sur le *lieu* de la communication, mais sur le *moment* où elle se produit, « n’appuie pas la conclusion de la Commission » (par. 172). Force est de conclure que le fournisseur de contenu n’échappe pas à l’application des dispositions sur le droit d’auteur du seul fait qu’il utilise un serveur hôte situé à l’étranger.

103

104

105

106 Conversely, a host server does not attract liability just because it *is* located in Canada. A simple “host server” test would catch communications that have no connection to Canada other than the location of a piece of physical equipment, serving a neutral role as a technological conduit. Indeed it may be “impossible for the user to predict the location of the [host] server”; see A. P. Reindl, “Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks” (1997-1998), 19 *Mich. J. Int’l L.* 799, at p. 820.

107 It is on this aspect of the test that I respectfully disagree with my colleague LeBel J., who accepts the Board’s geographic limitation, i.e., that for copyright purposes there is no communication in Canada unless a communication “originates from a host server located in Canada. . . . [This] provides a straightforward and logical rule” (para. 146). My colleague agrees that in the first instance the liability of a host server provider, as with any other Internet Service Provider, should be determined by whether or not the host server provider limits itself to “a conduit” function, as discussed above, and thereby qualifies for protection under s. 2.4(1)(b). However, in my colleague’s view, even those participants in an Internet telecommunication who step outside the “conduit” role, and who would otherwise be liable for copyright infringement, will be exempt from liability for Canadian copyright unless the host server itself happens to be located here. In my view, with respect, such an added requirement would be unduly formalistic and would tilt the balance unfairly against the copyright owners. If there are to be formalistic rules they should be imposed by Parliament.

108 My colleague LeBel J., at para. 149, also relies on art. 8 of the WIPO *Copyright Treaty*, which gives the copyright owner the exclusive right of “making available to the public . . . their works”, but as previously noted, the Board found that in copyright terms it is the content provider, not the host server provider, that makes the work available. Accordingly, as I see it, the issue of the relevance of art. 8 to

À l’inverse, un serveur hôte n’est pas assujéti à ces dispositions seulement parce qu’il *est* situé au Canada. Ne tenir compte que de l’emplacement du « serveur hôte » assujétirait des communications n’ayant aucun lien avec le Canada si ce n’est l’emplacement d’une composante de l’équipement physique servant uniquement de support à la fonction d’agent. Il peut en effet être [TRADUCTION] « impossible, pour l’utilisateur, de prévoir l’emplacement du serveur hôte »; voir A. P. Reindl, « Choosing Law in Cyberspace : Copyright Conflicts on Global Networks » (1997-1998), 19 *Mich. J. Int’l L.* 799, p. 820.

C’est sur ce point que je suis en désaccord avec mon collègue le juge LeBel, qui fait droit à la restriction géographique établie par la Commission, savoir que pour l’application du droit d’auteur, une communication n’a lieu au Canada que lorsqu’elle « provient d’un serveur hôte situé au Canada. [. . .] [Cela] offre [. . .] une règle simple et logique » (par. 146). Mon collègue convient que, de prime abord, la responsabilité du fournisseur du serveur hôte, comme celle de tout autre fournisseur de services Internet, doit être déterminée par le fait qu’il se limite ou non au rôle d’« agent », tel qu’il est mentionné précédemment; dans l’affirmative, il bénéficie de la protection prévue à l’al. 2.4(1)b). Or, selon mon collègue, même le participant à une communication Internet qui ne se contente pas de jouer le rôle d’« agent » et qui, autrement, violerait le droit d’auteur au Canada, bénéficiera de l’exception prévue à moins que le serveur hôte ne soit lui-même situé au pays. Avec égards, j’estime qu’il s’agit d’une condition supplémentaire indûment formaliste qui défavoriserait injustement les titulaires de droits d’auteur. Si des règles formalistes doivent s’appliquer, il appartient au Parlement de les établir.

Mon collègue le juge LeBel invoque également au par. 149 de ses motifs l’art. 8 du *Traité sur le droit d’auteur* de l’OMPI, qui reconnaît aux titulaires de droits d’auteur le droit exclusif de « [mettre leurs œuvres] à la disposition du public ». Or, comme je l’ai déjà signalé, la Commission a conclu que, pour les besoins du droit d’auteur, c’est le fournisseur de contenu, et non le fournisseur du serveur hôte, qui

the interpretation of the *Copyright Act* does not arise.

The Board found that a host server provider like AT&T Canada “merely gives the customer [i.e., the content provider] the right to place information on the servers” (p. 441). Typically the host server provider will not monitor what is posted to determine if it complies with copyright laws and other legal restrictions. Given the vast amount of information posted, it is impractical in the present state of the technology to require the host server provider to do so. In any event, it is unrealistic to attribute to a provider an expertise in copyright law sufficient to “lawyer” all of the changing contents of its servers on an ongoing basis in the absence of alleged infringements being brought to their attention.

However, to the extent the host server provider has notice of copyrighted material posted on its server, it may, as the Board found, “respond to the complaint in accordance with the [Canadian Association of Internet Providers] Code of Conduct [which] may include requiring the customer to remove the offending material through a ‘take down’ notice” (p. 441). If the host server provider does not comply with the notice, it may be held to have *authorized* communication of the copyright material, as herein-after discussed.

Shorn of its misreading of the *CAB 1994* case, the Board was correct in its general conclusion on this point, which for ease of reference I set out again (at p. 453):

In the end, each transmission must be looked at individually to determine whether in that case, an intermediary merely acts as a conduit for communications by other persons, or whether it is acting as something more. Generally speaking, however, it is safe to conclude that with respect to most transmissions, only the person who posts a musical work communicates it. [Emphasis added.]

met l’œuvre à la disposition du public. Par conséquent, j’estime que la question de la pertinence de l’art. 8 pour l’interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur* ne se pose pas.

La Commission est également arrivée à la conclusion qu’un fournisseur de serveur hôte comme AT&T Canada « donne simplement au client [le fournisseur de contenu] le droit de mettre de l’information sur les serveurs » (p. 24). En général, le fournisseur du serveur hôte ne contrôle pas la légalité du matériel rendu disponible, notamment au regard des dispositions sur le droit d’auteur. Étant donné l’énorme quantité de fichiers accessibles, il est impossible, en l’état actuel de la technologie, d’exiger du fournisseur du serveur hôte qu’il le fasse. De toute manière, on ne saurait prêter à ce fournisseur une connaissance du droit d’auteur suffisante pour assurer en tout temps la légalité du contenu variable de ses serveurs, et ce, en l’absence de toute allégation de violation.

Toutefois, si le fournisseur du serveur hôte est informé de la présence de fichiers protégés par le droit d’auteur, il pourrait, comme l’a conclu la Commission, « donner suite à la plainte, conformément au Code d’éthique de [l’Association canadienne des fournisseurs Internet] [et pourrait notamment] exiger du client, au moyen d’un avis de retrait, qu’il retire les fichiers faisant l’objet de la plainte » (p. 25). S’il ne se conforme pas à l’avis, on pourrait conclure qu’il a *autorisé* la communication des fichiers protégés par le droit d’auteur, ce sur quoi je reviendrai.

Malgré son interprétation erronée de l’arrêt *ACR 1994*, la Commission a tiré une juste conclusion générale sur ce point (à la p. 40), que je reproduis de nouveau pour des raisons de commodité :

Au bout du compte, il faut prendre chaque transmission isolément afin de décider si, en l’occurrence, un intermédiaire donné est un simple agent permettant à autrui de communiquer ou s’il agit à un autre titre. D’une façon générale, cependant, on peut dire à coup sûr, en ce qui a trait à la plupart des transmissions, que seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci. [Je souligne.]

109

110

111

112 In my view, the Federal Court of Appeal was right to uphold this aspect of the Board's ruling.

(c) *The Use of Caches*

113 The majority in the Federal Court of Appeal concluded that the use of *caching* amounts to a function falling outside s. 2.4(1)(b). Evans J.A. took the view, at para. 132, that protection is only available "when, without that person's activity, communication in that medium of telecommunication would not be practicable or, in all probability, would not have occurred". This is a high eligibility test which could inhibit development of more efficient means of telecommunication. SOCAN and others representing copyright owners would always be able to argue that whatever the advances in the future, a telecommunication could still have been practicable using the old technology, and that one way or the other the telecommunication would "in all probability" have occurred. In my view, with respect, Evans J.A. has placed the bar too high.

114 Parliament has decided that there is a public interest in encouraging intermediaries who make telecommunications possible to expand and improve their operations without the threat of copyright infringement. To impose copyright liability on intermediaries would obviously chill that expansion and development, as the history of caching demonstrates. In the early years of the Internet, as the Board found, its usefulness for the transmission of musical works was limited by "the relatively high bandwidth required to transmit audio files" (p. 426). This technical limitation was addressed in part by using "caches". As the Board noted, at p. 433: "Caching reduces the cost for the delivery of data by allowing the use of lower bandwidth than would otherwise be necessary." The velocity of new technical developments in the computer industry, and the rapidly declining cost to the consumer, is legendary. Professor Takach has unearthed the startling statistic that if the automobile industry was able to achieve the same performance-price improvements as has the computer chip industry, a car today would cost

À mon avis, la Cour d'appel fédérale a eu raison de confirmer ce volet de la décision de la Commission.

c) *La mise en antémémoire*

La Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité que l'al. 2.4(1)b) ne s'applique pas à la *mise en antémémoire*. Le juge Evans a estimé (au par. 132) qu'il n'est possible de se prévaloir de la protection que « lorsque, sans [l']intervention [de la personne], la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n'aurait pas eu lieu ». Il s'agit d'un critère d'applicabilité très strict qui pourrait freiner le développement de moyens de télécommunication plus efficaces. La SOCAN et d'autres représentants des titulaires de droits d'auteur pourraient toujours soutenir, peu importe les avancées techniques ultérieures, qu'une télécommunication aurait quand même pu être réalisée à l'aide de l'ancienne technologie et que, d'une façon ou d'une autre, la télécommunication aurait « selon toute vraisemblance » eu lieu. Avec égards, je crois que le juge Evans a placé la barre trop haute.

Le législateur a décidé qu'il est dans l'intérêt du public d'encourager les intermédiaires, qui rendent les télécommunications possibles, à étendre et à développer leurs activités sans s'exposer au risque de violer le droit d'auteur. Imputer aux intermédiaires une responsabilité en la matière freinerait manifestement cette croissance et ce développement, lesquels ont permis la création de l'antémémoire. La Commission a signalé que, au début, le recours à l'Internet pour la transmission d'œuvres musicales était limité par « la nécessité d'avoir une largeur de bande relativement grande pour transmettre des fichiers audio » (p. 4). Cet obstacle technique a pu être contourné grâce notamment aux « antémémoires ». La Commission a dit (à la p. 14) que « [l]a mise en antémémoire réduit le coût de livraison des données en permettant l'emploi d'une largeur de bande plus petite. » Les progrès techniques fulgurants dans le domaine de l'informatique et la chute rapide du coût supporté par le consommateur tiennent de la légende. Le professeur Takach a révélé une donnée renversante : si l'industrie automobile avait pu

under five dollars and would get 250,000 miles to the gallon of gasoline: see Takach, *supra*, at p. 21. Section 2.4(1)(b) reflects Parliament's priority that this entrepreneurial push is to continue despite any incidental effects on copyright owners.

In the Board's view, the means "necessary" under s. 2.4(1)(b) were means that were content neutral and were necessary to maximize the economy and cost-effectiveness of the Internet "conduit". That interpretation, it seems to me, best promotes "the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect" (*Théberge, supra*, at para. 30) without depriving copyright owners of their legitimate entitlement. The creation of a "cache" copy, after all, is a serendipitous consequence of improvements in Internet technology, is content neutral, and in light of s. 2.4(1)(b) of the Act ought not to have any legal bearing on the communication between the content provider and the end user.

As noted earlier, SOCAN successfully relied on the "exigencies of the Internet" to defeat the appellants' argument that they did not communicate a "musical work" but simply packets of data that may or may not arrive in the correct sequence. It is somewhat inconsistent, it seems to me, for SOCAN then to deny the appellants the benefit of a similar "exigencies" argument. "Caching" is dictated by the need to deliver faster and more economic service, and should not, when undertaken only for such technical reasons, attract copyright liability.

A comparable result has been reached under the U.S. *Digital Millennium Copyright Act*, which in part codified the result in *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), where it was observed, at pp. 1369-70:

obtenir le même rapport rendement-prix que le secteur des microprocesseurs, une automobile coûterait aujourd'hui moins de cinq dollars et pourrait parcourir 250 000 milles avec un seul gallon d'essence; voir Takach, *op. cit.*, p. 21. L'alinéa 2.4(1)(b) traduit la volonté du législateur que se poursuive cet essor animé par l'esprit d'entreprise malgré ses effets accessoires sur les titulaires de droits d'auteur.

De l'avis de la Commission, les moyens « nécessaires » au sens de l'al. 2.4(1)(b) sont ceux qui n'ont aucune incidence sur le contenu et qui s'imposent pour maximiser les économies et la rentabilité de l'« agent » Internet. Cette interprétation me paraît assurer le mieux « la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles » (*Théberge, précité*, par. 30) sans dépouiller le titulaire du droit d'auteur de ses droits légitimes. L'« antémémoire » est en somme une belle invention issue du progrès de la technologie Internet, elle n'a aucune incidence sur le contenu et, au vu de l'al. 2.4(1)(b) de la Loi, elle ne devrait avoir aucun effet *juridique* sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final.

Comme je l'ai déjà mentionné, les « exigences de l'Internet » ont permis à la SOCAN de repousser l'argument des appelantes selon lequel elles ne communiquaient pas une « œuvre musicale », mais simplement des paquets de données qui peuvent arriver ou non dans le bon ordre. Il me semble contradictoire que la SOCAN nie maintenant aux appelantes le droit d'invoquer elles aussi ces « exigences ». La « mise en antémémoire » est dictée par la nécessité d'offrir un service plus rapide et plus économique et ne devrait pas emporter la violation du droit d'auteur lorsqu'elle a lieu uniquement pour de telles raisons techniques.

Aux États-Unis, une décision a été rendue en ce sens sur le fondement de la *Digital Millennium Copyright Act*, qui a codifié en partie la décision *Religious Technology Center c. Netcom On-line Communication Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), où la cour a dit aux p. 1369-1370 :

115

116

117

These parties, who are liable under plaintiffs' theory, do no more than operate or implement a system that is essential if Usenet messages are to be widely distributed. There is no need to construe the Act to make all of these parties infringers. Although copyright is a strict liability statute, there should still be some element of volition or causation which is lacking where a defendant's system is merely used to create a copy by a third party.

See also M. B. Nimmer, *Nimmer on Copyright* (loose-leaf ed.), vol. 3, at p. 12B-13.

[TRANSLATION] Les personnes qui, selon la partie demanderesse, violeraient le droit d'auteur ne font rien d'autre qu'exploiter ou faire fonctionner un système essentiel à la large diffusion des messages Usenet. Point n'est besoin d'interpréter la Loi de manière à faire de toutes ces personnes des contrefacteurs. Même si la loi sur le droit d'auteur établit un régime de responsabilité stricte, il doit néanmoins y avoir un acte volontaire ou un lien de causalité, ce qui n'est pas le cas lorsque le système en cause permet uniquement à un tiers de faire une copie.

Voir aussi M. B. Nimmer, *Nimmer on Copyright* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 12B-13.

118 The European *E-Commerce Directive* mandates member States to exempt Internet Service Providers from copyright liability for caching (art. 13(1)).

La *Directive sur le commerce électronique* européenne dispose que les États membres veillent à ce que les fournisseurs de services Internet n'engagent pas leur responsabilité pour la mise en antémémoire (art. 13, par. 1).

119 In my opinion, the Copyright Board's view that caching comes within the shelter of s. 2.4(1) is correct, and I would restore the Board's conclusion in that regard.

À mon avis, la Commission du droit d'auteur a eu raison de conclure que la mise en antémémoire bénéficie de la protection prévue au par. 2.4(1), et je suis d'avis de rétablir sa décision à cet égard.

(d) "Authorizing" Infringement

d) « Autoriser » la violation du droit d'auteur

120 Authorizing a communication by telecommunication is a discrete infringement of s. 3(1); see *Compo, supra*, at pp. 373 and 376.

Autoriser une communication par télécommunication constitue une violation distincte du par. 3(1); voir *Compo*, précité, p. 373 et 376.

121 The respondent argues that even if the appellants did not themselves infringe the copyright, they were guilty of "authorizing" content providers to do so because Internet intermediaries *know* that material (including copyright material) placed on their facilities by content providers will be accessed by end users. Indeed as Evans J.A. pointed out, at para. 120: "Knowledge of the content available on the Internet, including 'free' music, and of end users' interest in accessing it, are powerful inducements for end users to sign up with access providers, and content providers with operators of host servers."

L'intimée prétend que, même si les appelantes n'ont pas violé elles-mêmes le droit d'auteur, elles ont « autorisé » les fournisseurs de contenu à le faire parce que les intermédiaires Internet *savent* que les utilisateurs finaux consulteront les fichiers (y compris ceux protégés par le droit d'auteur) des fournisseurs de contenu. Le juge Evans a effectivement souligné (au par. 120) que « [l]e fait de connaître le contenu de l'information diffusée sur Internet, et notamment des œuvres musicales "gratuites" et d'être au courant de l'intérêt des utilisateurs finaux à y accéder constituent des éléments qui sont susceptibles d'inciter fortement les utilisateurs finaux à s'abonner auprès des fournisseurs d'accès et d'encourager les fournisseurs de contenus à s'abonner auprès des exploitants de serveurs hôtes. »

122 Of course there is a good deal of material on the Internet that is not subject to copyright, just as there was a good deal of law-related material in the Great

Évidemment, de nombreux fichiers Internet ne sont pas protégés par le droit d'auteur tout comme, dans l'affaire récente *CCH*, de nombreux docu-

Library at Osgoode Hall that was not copyrighted in the recent *CCH* appeal. In that case, as here, the copyright owners asserted that making available a photocopier and photocopying service by the Law Society of Upper Canada implicitly “authorized” copyright infringement. This Court, however, held that authorizing infringement under the *Copyright Act* is not so easily demonstrated, at para. 38, *per McLachlin C.J.*:

... a person does not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law. ... This presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship or degree of control existed between the alleged authorizer and the persons who committed the copyright infringement. ... [Emphasis added.]

See also *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182. SOCAN contends that the host server in essence acts as a commercial partner with the content provider when material is made available on the Internet, but there was no such finding of fact by the Board, and I do not think the rights and obligations of partnership can be so casually imposed.

The operation of the Internet is obviously a good deal more complicated than the operation of a photocopier, but it is true here, as it was in the *CCH* case, that when massive amounts of non-copyrighted material are accessible to the end user, it is not possible to impute to the Internet Service Provider, based solely on the provision of Internet facilities, an authority to download copyrighted material as opposed to non-copyrighted material.

On this point the Board concluded as follows (at p. 458):

Even knowledge by an ISP that its facilities may be employed for infringing purposes does not make the ISP liable for authorizing the infringement if it does not purport to grant to the person committing the infringement a

ments juridiques ne l'étaient pas non plus à la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall. Dans cette affaire, les titulaires de droits d'auteur soutenaient que, en mettant un photocopieur à la disposition des usagers et en leur offrant un service de photocopie, le Barreau du Haut-Canada « autorisait » tacitement la violation du droit d'auteur. Notre Cour a toutefois statué qu'il n'est pas facile d'établir l'acte d'« autoriser » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* (la Juge en chef, par. 38) :

... ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité [...] Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur ... [Je souligne.]

Voir également : *Vigneux c. Canadian Performing Rights Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (C.P.); *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182. La SOCAN prétend que le serveur hôte est essentiellement un associé commercial du fournisseur de contenu lorsque les fichiers sont rendus disponibles sur l'Internet, mais la Commission n'a tiré aucune conclusion de fait en ce sens, et je ne crois pas que l'existence de droits et d'obligations découlant d'une association puisse être établie ainsi sans plus.

Le fonctionnement de l'Internet est évidemment beaucoup plus compliqué que celui d'un photocopieur, mais il est vrai en l'espèce, comme dans l'affaire *CCH*, que lorsque l'utilisateur final a accès à une quantité phénoménale de données non protégées par le droit d'auteur, on ne peut dire du fournisseur de services Internet, du simple fait qu'il fournit l'accès à l'Internet, qu'il autorise le téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur par opposition à des fichiers non protégés.

La Commission a conclu à ce sujet (p. 47) :

Même le fait qu'un ISP sache que ses installations peuvent servir à des fins illicites ne peut rendre ce fournisseur responsable d'avoir autorisé la violation s'il ne prétend pas accorder à l'auteur de l'atteinte une licence ou une

license or permission to infringe. An intermediary would have to sanction, approve or countenance more than the mere use of equipment that may be used for infringement. Moreover, an ISP is entitled to presume that its facilities will be used in accordance with law.

This conclusion is generally consistent with the decision of this Court in the *CCH* case, although I would point out that copyright liability may well attach if the activities of the Internet Service Provider cease to be content neutral, e.g. if it has notice that a content provider has posted infringing material on its system and fails to take remedial action.

permission d'agir illégalement. Il faudrait qu'un intermédiaire sanctionne, appuie et soutienne plus que la seule utilisation de matériel qui peut servir à porter atteinte au droit d'auteur. De plus, l'ISP a le droit de présumer que ses installations seront utilisées conformément à la loi.

Cette conclusion est généralement compatible avec l'arrêt *CCH* de notre Cour. Je ferais cependant remarquer que le fournisseur de services Internet pourrait violer le droit d'auteur si ses activités avaient une incidence sur le contenu, c'est-à-dire s'il savait qu'un fournisseur de contenu rend du matériel illicite disponible grâce à son système et ne prenait pas de mesures pour y remédier.

125 Under the European *E-Commerce Directive*, access to cached information must be expeditiously curtailed when the Internet Service Provider becomes aware of infringing content. At that time, the information must be removed or access disabled at the original site (art. 13(1)(e)). Under the U.S. *Digital Millennium Copyright Act*, those who cache information are not liable where they act expeditiously to remove or disable access to material once notice is received that it infringes copyright (s. 512(b)(2)(E)). If the content provider disputes that the work is covered by copyright, the U.S. Act lays out a procedure for the resolution of that issue.

Suivant la *Directive sur le commerce électronique* européenne, le fournisseur de services Internet doit promptement bloquer l'accès à l'information mise en antémémoire lorsqu'il est informé de son caractère illicite. Il doit alors retirer l'information ou en rendre l'accès impossible sur le site initial (art. 13, par. 1, point e)). Aux États-Unis, la *Digital Millennium Copyright Act* prévoit que celui qui met de l'information en antémémoire ne peut être tenu responsable lorsqu'il agit promptement pour retirer cette information ou en rendre l'accès impossible après avoir été avisé de son caractère illicite (div. 512(b)(2)(E)). La loi américaine établit la procédure à suivre lorsque le fournisseur de contenu nie que l'œuvre soit protégée par le droit d'auteur.

126 In the present appeal, the Federal Court of Appeal stated that, in the case of host servers, "an implicit authorization to communicate infringing material might be inferred from their failure to remove it after they have been advised of its presence on the server and had a reasonable opportunity to take it down" (para. 160). Reference was made to *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209, at pp. 211 and 208, citing *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91, at p. 110, i.e., an Internet Service Provider may attract liability for authorization because "... indifference, exhibited by acts of commission or omission, may reach a degree from which authorisation or permission may be inferred. It is a question of

Dans la présente affaire, la Cour d'appel fédérale a statué que, en ce qui concerne les serveurs hôtes, « on pourrait conclure qu'ils accordent l'autorisation implicite de communiquer des données [illicites] s'ils omettent de les supprimer après avoir été avisés de leur présence sur le serveur et après avoir eu une possibilité suffisante de les retirer » (par. 160). Elle a invoqué *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209, p. 211 et 208, citant *C.B.S. Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91, p. 110 : un fournisseur de services Internet pourrait être considéré comme ayant autorisé la violation du droit d'auteur parce que [TRADUCTION] « ... l'indifférence démontrée par des actes, de la nature d'une exécution ou d'une omission, peut être telle qu'on

fact in each case” See also *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (Q.B.).

The knowledge that someone *might* be using neutral technology to violate copyright (as with the photocopier in the *CCH* case) is not necessarily sufficient to constitute authorization, which requires a demonstration that the defendant did “(g)ive approval to; sanction, permit; favour, encourage” (*CCH*, at para. 38) the infringing conduct. I agree that notice of infringing content, and a failure to respond by “taking it down” may in some circumstances lead to a finding of “authorization”. However, that is not the issue before us. Much would depend on the specific circumstances. An overly quick inference of “authorization” would put the Internet Service Provider in the difficult position of judging whether the copyright objection is well founded, and to choose between contesting a copyright action or potentially breaching its contract with the content provider. A more effective remedy to address this potential issue would be the enactment by Parliament of a statutory “notice and take down” procedure as has been done in the European Community and the United States.

In sum, I agree with the Court of Appeal that “authorization” could be inferred in a proper case but all would depend on the facts.

D. *Achieving a Balance Fair to Copyright Owners*

There is no doubt that the exponential growth of the Internet has created serious obstacles to the collection of copyright royalties. As Pietsch, *supra*, writes, at p. 278:

The Internet makes it possible for large numbers of people to rapidly copy protected materials worldwide. With software like Gnutella, they can do so without any centralized clearinghouse that intellectual property owners could target in an effort to enforce copyright protection, such as Napster. Such developments have led some to hypothesize that copyright law is dead because

peut l’interpréter comme une autorisation ou une permission. La véritable conclusion à tirer de la conduite d’une personne constitue une question de fait dans chaque cas Voir également *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (Q.B.).

Le fait de savoir que quelqu’un *pourrait* violer le droit d’auteur grâce à une technologie sans incidence sur le contenu (par ex. un photocopieur, comme dans *CCH*) n’équivaut pas nécessairement à autoriser cette violation, car il faut démontrer que l’intéressé a « approuv[é], sanctionn[é], perm[is], favoris[é], encourag[é] » (*CCH*, par. 38) le comportement illicite. Je conviens que l’omission de « retirer » un contenu illicite après avoir été avisé de sa présence peut, dans certains cas, être considérée comme une « autorisation ». Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce. Tout dépend en grande partie des circonstances. Conclure hâtivement à une « autorisation » placerait le fournisseur de services Internet dans une situation difficile. Il devrait alors déterminer si l’allégation de violation du droit d’auteur est fondée et décider soit de contester l’action pour violation du droit d’auteur, soit de manquer éventuellement à ses obligations contractuelles envers le fournisseur de contenu. La meilleure solution serait que le législateur adopte une procédure « d’avis et de retrait » à l’instar de la Communauté européenne et des États-Unis.

En résumé, je conviens avec la Cour d’appel que l’« autorisation » peut être inférée dans certains cas, mais que tout dépend des faits.

D. *L’établissement d’un juste équilibre pour les titulaires de droits d’auteur*

Il ne fait aucun doute que la croissance exponentielle de l’Internet a créé de sérieux obstacles à la perception des redevances exigibles au titre du droit d’auteur. Comme l’écrit Pietsch, *loc. cit.*, p. 278 :

[TRADUCTION] Grâce à l’Internet, il est désormais possible à un grand nombre de personnes à travers le monde de copier rapidement des fichiers protégés par le droit d’auteur. Un logiciel comme Gnutella leur permet de le faire sans avoir à passer par un service centralisé que les titulaires de droits d’auteur pourraient cibler pour tenter de faire respecter leurs droits, comme dans le cas de

127

128

129

technology is so far ahead of the law that enforcement is impossible, and should not even be attempted.

See, e.g., *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D. Cal. 2000), aff'd in part, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

Napster. Les progrès réalisés ont fait dire à certains que c'en est fini du droit d'auteur parce que la technologie est si avancée qu'il est impossible de faire appliquer la loi et qu'on ne devrait même pas tenter de le faire.

Voir par exemple *A & M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D. Cal. 2000), conf. en partie par 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

130 It has been estimated that in 2002 sales of recorded music fell by almost 10 percent due to Internet-based file sharing (see Anonymous, "The music industry: In a spin", *The Economist* (March 2003), at p. 58), but this "estimate" is a matter of ongoing controversy. Some say Napster was a boon to the music recording industry.

On a estimé que, en 2002, les ventes de musique enregistrée avaient chuté de presque 10 pour 100 en raison de l'échange de fichiers sur l'Internet; voir Anonyme, « The music industry : In a spin », *The Economist* (mars 2003), p. 58. Or, cette « évaluation » n'a cessé de susciter la controverse. Certains affirment en effet que Napster a donné un solide coup de pouce à l'industrie de l'enregistrement sonore.

131 Nevertheless, by enacting s. 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, Parliament made a policy distinction between those who abuse the Internet to obtain "cheap music" and those who are part of the infrastructure of the Internet itself. It is clear that Parliament did not want copyright disputes between creators and users to be visited on the heads of the Internet intermediaries, whose continued expansion and development is considered vital to national economic growth.

Quoi qu'il en soit, en adoptant l'al. 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur a fait une distinction de principe entre ceux qui abusent de l'Internet pour se procurer de la musique à peu de frais et ceux qui font partie de l'infrastructure Internet comme telle. Il est évident que le législateur n'a pas voulu que les intermédiaires Internet, dont l'expansion et le développement constants sont tenus pour essentiels à la croissance économique nationale, fassent les frais des différends qui opposent les créateurs et les utilisateurs relativement à l'application du droit d'auteur.

132 This appeal is only tangentially related to holding "the balance" between creators and users. Section 2.4(1)(b) indicates that in Parliament's view, Internet intermediaries are not "users" at all, at least for purposes of the *Copyright Act*.

Le présent pourvoi ne touche qu'accessoirement à « l'équilibre » entre créateurs et utilisateurs. L'alinéa 2.4(1)b) indique que, de l'avis du législateur, les intermédiaires Internet ne sont pas du tout des « utilisateurs », du moins pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

V. Disposition

133 For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs with respect to copyright liability for caches of data created in a manner that is content neutral for the purpose of economy and efficiency and dismiss the cross-appeal with costs, but otherwise return this case to the Copyright Board to proceed with Phase II of its hearings in accordance with these reasons.

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en ce qui concerne la violation du droit d'auteur par la mise en antémémoire effectuée par souci d'économie et d'efficacité et n'ayant aucune incidence sur le contenu, de rejeter le pourvoi incident avec dépens, et de renvoyer par ailleurs l'affaire à la Commission du droit d'auteur pour qu'elle procède à la phase II de ses audiences conformément aux présents motifs.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LEBEL J. —

LE JUGE LeBEL —

I. Introduction

I. Introduction

Among the difficult issues raised by this appeal is how to determine, under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, whether an Internet communication occurs in Canada. I have read my colleague Binnie J.'s reasons and, although I agree with his judgment in all other respects and with his disposition of the appeal, I respectfully disagree with his analysis of the localization issue. My disagreement is confined to the appropriate test for determining the location of an Internet communication under the *Copyright Act* and does not touch on determining liability. For the reasons that follow, I would affirm the Board's determination that an Internet communication occurs within Canada when it originates from a server located in Canada.

L'une des questions épineuses que soulève le présent pourvoi est de savoir comment il convient de déterminer, en application de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, si une communication Internet a lieu au Canada. J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Binnie. Bien que je souscrive à ses motifs à tous autres égards, ainsi qu'au dispositif qu'il propose, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec son analyse relative à la localisation d'une communication Internet au regard de la Loi. Mon désaccord porte sur le critère qu'il convient d'appliquer à cet égard, et non sur la question de déterminer qui a l'obligation de verser des redevances. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de confirmer la décision de la Commission selon laquelle une communication Internet a lieu au Canada lorsqu'elle provient d'un serveur situé au pays.

134

Determining whether an Internet communication occurs within Canada is critical to phase two of the Tariff 22 hearings and to future infringement enforcement proceedings because it will determine who will be liable in Canada to pay musical composers and artists for their copyright in works under the *Copyright Act*. A vast amount of information is distributed by the Internet every day. This includes a high volume of music and other potentially copyrighted works. Internet stakeholders need to know with a degree of certainty whether they will be liable in Canada for a communication of copyrighted works. In my opinion, the test provided by the Board — the location of the host server — is sound from an operational perspective; it provides the requisite predictability and best accords with the meaning and purpose of the Act. By contrast, importing the real and substantial connection test that was developed in a very different context is, in my view, inappropriate to determine whether a communication occurred within Canada.

La réponse à la question de savoir si une communication Internet a lieu ou non au Canada est d'importance critique pour la deuxième phase des audiences relatives au tarif 22 et pour les procédures ultérieures d'application de la Loi. En effet, elle permettra d'identifier qui, au Canada, sera le débiteur des redevances payables aux artistes et aux compositeurs de musique pour la communication de leurs œuvres. Une vaste quantité d'information circule quotidiennement sur l'Internet, dont un grand nombre d'œuvres musicales et autres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. Les intéressés doivent savoir avec un certain degré de certitude s'ils se verront reprocher ou non au Canada la communication d'œuvres protégées par le droit d'auteur. J'estime que le critère énoncé par la Commission, fondé sur l'emplacement du serveur hôte, est valable sur le plan pratique, tout en offrant la prévisibilité voulue, et il demeure le plus compatible avec la portée et l'objet de la Loi. En revanche, il est inopportun, selon moi, d'appliquer le critère du lien réel et important, qui a été formulé dans un contexte très différent, pour déterminer si une communication a eu lieu au Canada.

135

II. Relevant Statutory Provisions

136

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

and to authorize any such acts.

III. Decision of the Copyright Board ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417)

137

The Board’s decision is more nuanced than Binnie J. avers to. The Board held that a communication occurs in Canada, under s. 3(1)(f) of the Act, where it originates from a host server located in Canada. The location of the content provider — the person who uploads content onto a host server — is irrelevant. The location of the end user — the person making the request — is also irrelevant. The Board held it is only when the copyrighted work is posted on a Canadian host server that the rights to authorize or communicate must be obtained from the person administering those rights in Canada. Foreign content providers who post content on a Canadian host server must, therefore, obtain a licence from the Canadian rights holder.

138

If a communication originates from a mirror site located in Canada, that constitutes a communication in Canada regardless of the location of the original

II. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

III. Décision de la Commission du droit d’auteur (*Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l’exécution publique d’œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) (Re)*, 27 octobre 1999)

La Commission a rendu une décision plus nuancée que ne l’affirme le juge Binnie. Selon elle, il y a communication au Canada, au sens de l’al. 3(1)f) de la Loi, lorsqu’elle provient d’un serveur hôte situé au Canada. Le lieu où se trouve le fournisseur de contenu — la personne qui télécharge les données dans le serveur hôte — importe peu. L’emplacement de l’utilisateur final, celui qui demande la communication, n’est pas non plus important. La Commission a statué que le droit d’autoriser ou d’effectuer une communication ne doit être obtenu du gestionnaire de ce droit au Canada que lorsque l’œuvre protégée par le droit d’auteur est rendue disponible sur un serveur hôte canadien. Le fournisseur de contenu étranger qui rend un fichier disponible sur un serveur hôte canadien doit donc obtenir une licence du titulaire des droits au Canada.

Lorsque la communication provient d’un site miroir situé au pays, la communication a lieu au Canada peu importe l’emplacement du site initial.

site. A mirror site is an Internet site on which content from another site is copied. Further, communications triggered by an embedded hyperlink occur at the location of the site to which the hyperlink leads. If the hyperlink leads to a site on a host server situated in Canada, then the communication occurs in Canada.

However, where the host server is located outside of Canada but the content provider specifically targets Canadian recipients, the Board held that it remains an open question whether this constitutes a communication within Canada. In other words, specifically targeting a Canadian audience may well constitute a communication within Canada under the Act. Such a determination will depend on the facts of a given case, and is not foreclosed by the decision of the Board.

I would endorse the Board's approach on this issue for the reasons that follow.

IV. Analysis

A. *Extraterritorial Effect of Federal Law*

As a matter of domestic law, Parliament is fully competent to enact statutes that have extraterritorial effect. This principle is not in doubt; nor is it directly implicated in this case. The question was considered by the Privy Council in *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156, in which a party challenged a Canadian anti-smuggling provision that authorized the seizure of vessels within twelve miles of Canada's coast, which was nine miles beyond Canada's then territorial waters. The Privy Council held that Parliament was fully competent to pass legislation with extraterritorial effect (at p. 163):

Once it is found that a particular topic of legislation is among those upon which the Dominion Parliament may competently legislate . . . their Lordships see no reason to restrict the permitted scope of such legislation by any other consideration than is applicable to the legislation of a fully Sovereign State.

The Privy Council held that the *British North America Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*)

Un site miroir recopie l'information contenue sur un autre site. En outre, la communication déclenchée par un hyperlien intégré se produit à l'emplacement du site auquel renvoie l'hyperlien. Lorsque ce dernier mène à un site hébergé par un serveur hôte situé au Canada, la communication se produit au Canada.

La Commission a toutefois conclu que lorsque le serveur hôte se trouve à l'étranger et que le fournisseur de contenu vise précisément des destinataires au Canada, la question de savoir s'il s'agit d'une communication au Canada demeure entière. En d'autres mots, le fait de viser précisément un auditoire canadien pourrait bien faire en sorte qu'il y ait communication au Canada au sens de la Loi. Une conclusion en ce sens dépend des faits de l'espèce et n'est pas exclue par la décision de la Commission.

Je partage l'opinion de la Commission sur ce point, et ce, pour les motifs qui suivent.

IV. Analyse

A. *Portée extraterritoriale des dispositions fédérales*

En droit interne, le Parlement a pleine compétence pour adopter des lois ayant une portée extraterritoriale. Ce principe n'est pas contesté, et son application n'est pas directement en cause dans le présent pourvoi. Le Conseil privé a examiné la question dans *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156, où était contestée une disposition canadienne anticontrabande autorisant la saisie de navires à douze milles et moins des côtes canadiennes, soit neuf milles au-delà de la limite des eaux territoriales canadiennes de l'époque. Le Conseil privé a statué que le Parlement avait pleine compétence pour adopter une loi ayant une portée extraterritoriale (p. 163) :

[TRADUCTION] Une fois établi que l'objet d'une loi relève de la compétence du Parlement du Dominion [. . .] leurs Seigneuries ne voient aucune raison de restreindre la portée d'une telle loi en fonction d'autres facteurs que ceux applicables aux lois d'un État pleinement souverain.

Le Conseil privé a alors décidé que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant la *Loi*

139

140

141

imposed no restriction on the scope of Parliament's plenary legislative power (p. 167).

constitutionnelle de 1867) n'avait apporté aucune restriction à la portée de la pleine compétence législative du Parlement (p. 167).

142 Any doubts in this regard had been put to rest shortly before *Croft v. Dunphy*, was heard by the Privy Council, when the Imperial Parliament passed the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4. Section 3 provides: "It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation." The Privy Council, however, did not need to consider whether s. 3 had retroactive effect because it decided that Parliament had the requisite power under the *British North America Act, 1867* standing alone. Of course, the *Statute of Westminster, 1931* has now been incorporated into our Constitution: see *Constitution Act, 1982*, s. 52(2)(b) and (c), and the Schedule, item 17.

Peu avant que l'affaire *Croft c. Dunphy*, ne soit entendue par le Conseil privé, tout doute subsistant à cet égard avait été dissipé lorsque le Parlement impérial avait adopté le *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4, dont l'art. 3 prévoit : « Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale. » Le Conseil privé n'a toutefois pas eu à déterminer si cet article avait un effet rétroactif, car selon lui l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* conférait déjà au Parlement le pouvoir requis. Évidemment, le *Statut de Westminster de 1931* fait désormais partie de notre Constitution; voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 52(2)b) et c), et l'annexe, point 17.

143 Parliament's power to legislate with extraterritorial effect is well settled as a matter of Canadian law: see, e.g., *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792, at p. 816; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86, at p. 103. I would not want Binnie J.'s use of a real and substantial connection test to be understood as a limit on Parliament's power to legislate with extraterritorial effect. The real question is whether Parliament did in fact intend that s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* apply extraterritorially. If not, what then constitutes a communication within Canada?

Le pouvoir du Parlement d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale est bien établi en droit canadien; voir, par exemple, *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792, p. 816; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86, p. 103. Je ne voudrais pas que l'on interprète le recours du juge Binnie au critère du lien réel et important comme limitant le pouvoir du Parlement d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale. La véritable question est de savoir si le Parlement a effectivement voulu que l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* ait une telle portée. Si telle n'était pas son intention, qu'est-ce alors qu'une communication au Canada?

144 It is a common law presumption that Parliament does not intend legislation to apply extraterritorially. But this presumption is rebuttable where the contrary intention is expressly stated or implied by the legislation: see *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573, at p. 578; *Arcadi v. The King*, [1932] S.C.R. 158, at p. 159. This presumption flows from the principle of territoriality, a tenet of international law. Because each State is sovereign in its own territory, it is presumed that States hesitate to exercise jurisdiction over matters that may take place in the territory of other States: see *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3

En common law, une présomption veut que le Parlement n'ait pas l'intention de conférer à une loi une portée extraterritoriale. Cette présomption peut cependant être réfutée par l'intention contraire exprimée expressément ou implicitement dans la loi; voir *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573, p. 578; *Arcadi c. The King*, [1932] R.C.S. 158, p. 159. Cette présomption découle du principe de la territorialité, un précepte du droit international. Comme un État souverain a compétence sur son propre territoire, on présume qu'il hésitera à exercer sa compétence à l'égard d'événements qui se sont produits sur le territoire d'un autre

S.C.R. 1077. Neither s. 3(1)(f), nor any other related provision of the Act expressly states that it applies beyond Canada's territorial limits. Moreover, nothing in the Act impliedly gives s. 3(1)(f) extraterritorial effect, particularly given the principle of territoriality of copyright law.

B. *Communication Within Canada*

Given that Parliament did not intend the Act to have effect outside Canada, when does a communication occur within Canada for the purpose of s. 3(1)(f)? Any choice between the location of the end user, host server or content provider, or all three, will be somewhat arbitrary and will import its own set of problems. Each choice has its own supporters and critics; for an overview of positions, see A. P. Reindl, "Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks" (1997-1998), 19 *Mich. J. Int'l L.* 799.

I share the Board's view that a communication occurs within Canada where it originates from a host server located in Canada. In this way, the copyrighted works physically exist within Canadian territory and thus attract the protection of s. 3(1)(f). This does not mean that the host server provider is liable; it is the content provider who is liable for an infringing communication. The Board's approach, as I have observed, provides a straightforward and logical rule for locating communications occurring within Canada that will be readily applicable by the Board in setting tariffs, by the courts in infringement proceedings, and by solicitors in providing advice to their clients.

With respect, I disagree with the approach taken by Binnie J. Turning first to the real and substantial connection test, it is my view that a test that was developed by this Court to deal with the exigencies of the Canadian federation should not be lightly transposed as a rule of statutory construction. The real and substantial connection test grew out of the recognition and enforcement of judgments

État : voir *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Ni l'alinéa 3(1)f ni aucune autre disposition connexe n'indiquent expressément que la Loi s'applique au-delà des limites territoriales du Canada. De plus, aucune disposition de la Loi ne confère implicitement une portée extraterritoriale à l'al. 3(1)f, compte tenu, tout particulièrement, du principe de territorialité du droit d'auteur.

B. *Communication au Canada*

Puisque le Parlement n'a pas voulu que la Loi s'applique à l'extérieur du Canada, à quelles conditions une communication a-t-elle lieu au Canada aux fins de l'al. 3(1)f? Que l'on retienne l'emplacement de l'utilisateur final, celui du serveur hôte ou celui du fournisseur de contenu, ou les trois, le choix sera quelque peu arbitraire et comportera son lot de problèmes. Chacune de ces options a ses tenants et ses détracteurs; pour un aperçu des divers points de vue, voir A. P. Reindl, « Choosing Law in Cyberspace : Copyright Conflicts on Global Networks » (1997-1998), 19 *Mich. J. Int'l L.* 799.

Je conviens avec la Commission qu'une communication a lieu au Canada lorsqu'elle provient d'un serveur hôte situé au Canada. De la sorte, les œuvres protégées par le droit d'auteur existent physiquement sur le territoire canadien et bénéficient donc de la protection de l'al. 3(1)f. Il ne s'ensuit pas que le fournisseur du serveur hôte viole le droit d'auteur. La communication illicite doit plutôt être imputée au fournisseur de contenu. Comme je l'ai fait remarquer, l'approche de la Commission offre, pour déterminer si une communication a lieu au Canada, une règle simple et logique, facile à appliquer lorsque la Commission établit un tarif, qu'un tribunal instruit une action pour violation du droit d'auteur ou qu'un avocat conseille son client.

Avec égards, je ne suis pas d'accord avec l'approche du juge Binnie. Premièrement, en ce qui concerne le critère du lien réel et important, j'estime qu'un critère formulé par notre Cour en fonction des exigences de la fédération canadienne ne saurait être transformé à la légère en règle d'interprétation législative. Le critère du lien réel et important provient de la reconnaissance et

145

146

147

between sister provinces as well as the appropriate assumption of jurisdiction by a court in one province over matters affecting another province, and was more recently applied to the recognition and enforcement of foreign judgments from outside Canada: see *Morguard, supra*; *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72. There is no constitutional imperative raised in this appeal, unlike interprovincial cases (*Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289), though international comity is implicated. The real and substantial connection test is not a principle of legislative jurisdiction; it applies only to courts.

de l'exécution réciproques de jugements par les provinces, de même que de l'exercice opportun de la compétence d'un tribunal d'une province à l'égard de questions touchant une autre province. Il a aussi été appliqué plus récemment à la reconnaissance et à l'exécution de jugements étrangers : voir *Morguard*, précité; *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72. Contrairement aux affaires interprovinciales, le présent pourvoi ne soulève aucun impératif constitutionnel (*Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289), bien qu'il mette en cause la courtoisie internationale. Le critère du lien réel et important n'est pas un principe de compétence législative, mais s'applique uniquement aux tribunaux.

148

The only question is whether Parliament intended the Act to have effect beyond Canada. The principle of territoriality operates at the level of a rebuttable presumption that Parliament does not intend the Act to operate beyond Canada's borders. Moreover, copyright law is territorial in nature and thus limited to its enacting State. The territoriality principle has been incorporated into a number of international treaties, to which Canada is a signatory: see, e.g., *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886); *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (1994), 1869 U.N.T.S. 299; World Intellectual Property Organization *Copyright Treaty* (1996), CRNR/DC/94 ("WCT"); and World Intellectual Property Organization *Performances and Phonograms Treaty* (1996), CRNR/DC/95.

La seule question est de savoir si le législateur a voulu que la Loi s'applique au-delà des frontières. Le principe de la territorialité établit une présomption réfutable selon laquelle le Parlement n'a pas voulu que la Loi ait une portée extraterritoriale. De plus, en raison de son caractère intrinsèquement territorial, une loi sur le droit d'auteur ne s'applique que dans le pays qui l'a adoptée. En effet, le principe de la territorialité a été intégré dans divers traités internationaux dont le Canada est signataire : voir, par exemple, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886), l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (1994), 1869 R.T.N.U. 332, le *Traité sur le droit d'auteur* (1996) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, CRNR/DC/94 (« *Traité sur le droit d'auteur* »), et le *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (1996) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, CRNR/DC/95.

149

Article 5 of the *Berne Convention* calls for the territorial treatment of copyright; however, the *Berne Convention* does not specifically address the communication of works over the Internet. Canada is a signatory to the *WCT*, but it is not yet party to the treaty; it has yet to ratify it. The Board refused to interpret the Act in light of the *WCT* because the *WCT* is "not binding in Canada since it has been signed but not ratified by the Canadian Government" (p. 448). I disagree. Although Canada has not ratified the treaty, this does not mean that it

La *Convention de Berne* prévoit à l'art. 5 l'application du traitement national au chapitre du droit d'auteur; elle ne traite toutefois pas expressément de la communication d'une œuvre sur l'Internet. Le Canada est signataire du *Traité sur le droit d'auteur*, mais il n'en est pas encore partie — il ne l'a pas encore ratifié. La Commission a refusé d'interpréter la Loi à la lumière de ce traité au motif qu'il « ne lie pas le Canada car le gouvernement canadien l'a signé mais ne l'a pas ratifié » (p. 34). Je ne suis pas d'accord. Le Canada n'a pas ratifié le traité, mais il

should not be considered as an aid in interpreting the Act. Article 8 of the *WCT* provides:

Right of Communication to the Public

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. [Emphasis added.]

The purpose of art. 8 of the *WCT* is to harmonize domestic copyright laws in the party States with respect to the right of communication of copyrighted works. We should not ignore that fact.

As L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. recently held, even though international norms are generally not binding without domestic implementation, they are relevant in interpreting domestic legislation: see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 175. Parliament is presumed not to legislate in breach of a treaty, the comity of nations and the principles of international law. This rule of construction is well established: see *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541. Although the *Copyright Act* has not yet been amended to reflect the signing of the *WCT*, I believe this canon of interpretation is equally applicable to the case at bar.

How to interpret the meaning of “communicate” in s. 3(1)(f) in the context of the Internet so as to best respect the principle of territoriality in the *Berne Convention*? In my opinion, the host server test adopted by the Board has the benefit of clearly complying with the territoriality requirement of international copyright law. It also accords with the *WCT* communication right (art. 8), which includes “the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them”; copyrighted works are made available on the Internet when they are posted on a host server.

peut néanmoins en tenir compte pour interpréter la Loi. L'article 8 du *Traité sur le droit d'auteur* dispose :

Droit de communication au public

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11*bis*.1)1°) et 2°, 11*ter*.1)2°), 14.1)2°) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. [Je souligne.]

Cet article vise l'harmonisation des dispositions internes sur le droit d'auteur des pays membres en ce qui concerne le droit de communiquer une œuvre protégée par le droit d'auteur. Nous ne devons pas en faire abstraction.

Comme l'ont écrit récemment les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache, même si elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont utiles pour l'interprétation des droits sur le plan national : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 175. Le Parlement est présumé légiférer sans porter atteinte à un traité, à la courtoisie entre les États ou aux principes du droit international. Il s'agit d'une règle d'interprétation bien établie : *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541. Même si la *Loi sur le droit d'auteur* n'a pas encore été modifiée pour tenir compte de la signature du *Traité sur le droit d'auteur*, je crois que cette règle d'interprétation s'applique également en l'espèce.

Comment, dans le contexte de l'Internet, devons-nous interpréter le mot « communiquer » employé à l'al. 3(1)f) de manière à respecter au mieux le principe de la territorialité établi dans la *Convention de Berne*? À mon avis, le critère du serveur hôte retenu par la Commission a l'avantage d'être parfaitement conforme au principe de territorialité du droit d'auteur international. Il respecte également le droit de communication au public prévu par le *Traité sur le droit d'auteur*, y compris « la mise à la disposition du public [des] œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière

Before they are posted on a host server, they are not available to the public.

individualisée » (art. 8); les œuvres protégées par le droit d'auteur sont mises à la disposition du public sur l'Internet lorsqu'elles sont rendues disponibles sur un serveur hôte. Avant d'être rendues disponibles sur un serveur hôte, elles ne sont pas mises à la disposition du public.

152 The real and substantial connection test proposed by Binnie J. is inconsistent with the territoriality principle in that it may reach out and grasp content providers located in Bangalore who post content on a server in Hong Kong based only on the fact that the copyrighted work is retrieved by end users in Canada. Unlike a broadcaster, a content provider does not know in advance which territories will receive its transmissions. Placing an emphasis on the end user is also inconsistent with the "making available" right in the *WCT*. A danger with Binnie J.'s approach is that it could result in a layering of royalty obligations between States. This danger is particularly acute with the Internet: content posted on a server is usually accessible from anywhere on the globe. With respect, to say that asserting jurisdiction over communications originating elsewhere but received in Canada accords with national and international copyright practice overstates the case. A review of various national laws demonstrates precious little harmonization in law or practice.

Le critère du lien réel et important proposé par le juge Binnie cadre mal avec le principe de territorialité parce qu'il peut assujettir à la Loi un fournisseur de contenu se trouvant à Bangalore qui rend disponible un contenu sur un serveur situé à Hong Kong, pour le seul motif que l'œuvre protégée par le droit d'auteur est extraite par un utilisateur final au Canada. Contrairement à un radiodiffuseur, un fournisseur de contenu ne sait pas d'avance dans quels territoires ses transmissions seront reçues. Mettre l'accent sur l'utilisateur final est également incompatible avec le droit de « mise à la disposition » prévu dans le *Traité sur le droit d'auteur*. L'un des risques que comporte l'approche du juge Binnie est la superposition des redevances exigibles dans les différents États. Ce risque est particulièrement préoccupant dans le cas de l'Internet, puisqu'il est habituellement possible d'avoir accès au contenu d'un serveur de n'importe quel endroit dans le monde. Avec égards, je crois qu'il est exagéré d'affirmer que le fait de s'attribuer compétence à l'égard des communications provenant de l'étranger mais reçues au Canada s'inscrit dans la pratique nationale et internationale en matière de droits d'auteur. L'examen des différentes lois nationales ne révèle guère d'harmonisation sur le plan législatif ou pratique.

153 My second concern relates to privacy issues. Insofar as is possible, this Court should adopt an interpretation of s. 3(1)(f) that respects end users' privacy interests, and should eschew an interpretation that would encourage the monitoring or collection of personal data gleaned from Internet-related activity within the home.

Ma seconde inquiétude touche au respect de la vie privée. Dans la mesure du possible, notre Cour doit opter pour une interprétation de l'al. 3(1)f) qui respecte le droit à la vie privée de l'utilisateur final et écarte toute interprétation qui favoriserait le contrôle ou la collecte de données personnelles lors d'une utilisation de l'Internet à domicile.

154 Locating the communication at the place of the host server addresses privacy concerns. In general, once the content provider has posted content on a host server, it is available to the public. Owners of copyrighted works and their collective societies can easily monitor such public content by trawling the

Localiser la communication en fonction du serveur hôte permet d'assurer la protection des renseignements personnels. En règle générale, une fois que le fournisseur de contenu rend des données disponibles sur un serveur hôte, celles-ci sont accessibles au public. Titulaires de droits d'auteur

publicly accessible servers with specially designed software. Privacy concerns are diminished because it is the content provider who has made the information public by posting it on the sever. Although privacy concerns are attenuated, they are not eliminated with the host server test. It is now common for Internet site operators to collect personal data from end users when users visit their Web site: see E. Gratton, *Internet and Wireless Privacy: A Legal Guide to Global Business Practices* (2003), at p. 6. But that is a question for another day.

By contrast, the real and substantial connection test, insofar as it looks at the retrieval practices of end users, encourages the monitoring of an individual's surfing and downloading activities. Such habits tend to reveal core biographical information about a person. Privacy interests of individuals will be directly implicated where owners of copyrighted works or their collective societies attempt to retrieve data from Internet Service Providers about an end user's downloading of copyrighted works. We should therefore be chary of adopting a test that may encourage such monitoring.

V. Conclusion

On the whole, I would adopt the Board's test for determining the *situs* of a communication because it has the virtue of simplicity; it best accords with the principle of territoriality and harmonizes our copyright law with international treaty principles; and it diminishes privacy concerns. In all other respects I agree with Binnie J. I would allow the appeal in part but otherwise remit the case to the Copyright Board to proceed with the second phase of its Tariff 22 hearings in accordance with these reasons.

Appeal allowed in part with costs; cross-appeal dismissed with costs.

et sociétés de gestion peuvent aisément surveiller le contenu ainsi rendu public en balayant les serveurs accessibles au public à l'aide de logiciels spéciaux. Le risque d'atteinte à la vie privée est réduit parce que c'est le fournisseur de contenu qui a rendu l'information publique en la rendant disponible sur le serveur. Bien que le critère du serveur hôte réduise ce risque, il ne le fait pas disparaître complètement. Il est désormais courant que l'exploitant d'un site Internet recueille des données personnelles sur l'utilisateur final qui consulte son site Web : voir E. Gratton, *Internet and Wireless Privacy : A Legal Guide to Global Business Practices* (2003), p. 6. Mais il s'agit d'une tout autre question.

Par contre, dans la mesure où il touche aux pratiques d'extraction des utilisateurs finaux, le critère du lien réel et important favorise le contrôle des activités individuelles de téléchargement et de navigation sur le Net. Les habitudes observées à ce chapitre tendent à dévoiler des renseignements personnels. Le droit au respect de la vie privée sera directement touché lorsqu'un titulaire du droit d'auteur ou une société de gestion tentera d'obtenir d'un fournisseur de services Internet des renseignements sur les œuvres téléchargées illicitement par un utilisateur final. Nous devons donc hésiter à adopter un critère susceptible d'encourager un tel contrôle.

V. Conclusion

Dans l'ensemble, je retiendrais le critère formulé par la Commission pour déterminer le *situs* d'une communication parce qu'il a le mérite d'être simple; il respecte le mieux le principe de la territorialité et il harmonise notre droit d'auteur avec les principes formulés dans les traités internationaux. De plus, il réduit le risque d'atteinte à la vie privée. Sur tous les autres points, je suis d'accord avec le juge Binnie. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de renvoyer par ailleurs l'affaire à la Commission du droit d'auteur pour qu'elle procède à la deuxième phase de ses audiences sur le tarif 22 en conformité avec les présents motifs.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens; pourvoi incident rejeté avec dépens.

155

156

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Internet Commerce Coalition, the European Telecommunications Network Operators' Association, the European Internet Service Providers' Association, the Australian Internet Industry Association, the Telecom Services Association and the U.S. Internet Industry Association: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Recording Industry Association and the International Federation of Phonogram Industry: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Internet Commerce Coalition, European Telecommunications Network Operators' Association, European Internet Service Providers' Association, Australian Internet Industry Association, Telecom Services Association et U.S. Internet Industry Association : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et International Federation of Phonogram Industry : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Réjean Demers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney
General of Ontario** *Interveners*

and

**Tribunal administratif du Québec, section
des affaires sociales, and Centre hospitalier
Robert-Giffard** *Mis en cause*

INDEXED AS: R. v. DEMERS

Neutral citation: 2004 SCC 46.

File No.: 29234.

2004: January 21; 2004: June 30.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF
QUEBEC**

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code ultra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Presumption of innocence — Overbroad legislation — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Absolute discharge not available to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Courts and Review Boards having no power to order psychiatric assessment of unfit accused after initial evaluation in order to adapt disposition to his current circumstances — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal

Réjean Demers *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l'Ontario** *Intervenants*

et

**Tribunal administratif du Québec, section
des affaires sociales, et Centre hospitalier
Robert-Giffard** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : R. c. DEMERS

Référence neutre : 2004 CSC 46.

N° du greffe : 29234.

2004 : 21 janvier; 2004 : 30 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel excèdent-ils la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Portée excessive de la loi — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Impossibilité pour les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public de bénéficier d'une libération inconditionnelle — Tribunaux et commissions d'examen n'ayant pas le pouvoir d'ordonner une autre évaluation psychiatrique des accusés inaptes, après l'évaluation

Code infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

The accused, who is moderately intellectually handicapped, was declared unfit to stand trial on charges of sexual assault. He remained in hospital until he was discharged, subject to conditions, three months later by a Review Board acting under ss. 672.47 and 672.54 of the *Criminal Code*. The result of the combined operation of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) is that an accused found unfit to stand trial remains in the “system” established under Part XX.1 of the *Code* until either he becomes fit to stand trial or the Crown fails to establish a *prima facie* case against him. An absolute discharge is not available. People like the accused who are permanently unfit and could never stand trial are subject to indefinite appearances before the Review Board and to the exercise of its powers. The Quebec Superior Court refused to grant the accused a stay of proceedings and upheld the constitutionality of s. 672.54. In this Court, the accused challenged the constitutional validity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Code* under the *Constitution Act, 1867*'s division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be allowed. The impugned provisions are unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ.: The impugned provisions are *intra vires* Parliament. The pith and substance of Part XX.1 of the *Criminal Code* is revealed by its twin goals of protecting the public and treating the mentally ill accused fairly and appropriately. While the exercise of criminal power over accused found “not criminally responsible on account of mental disorder” can only be justified under the protective branch of criminal law, the situation is different in respect of accused found unfit to stand trial. Unless he is found to be dangerous, the criminal law’s jurisdiction over the unfit accused does not stem from that branch of the criminal law. Rather, the criminal justice system maintains jurisdictional control over the accused found unfit to stand trial because that person is subject to a criminal accusation and pending proceedings. As long as this accusation is maintained, it is not necessary to consider the dangerousness of the accused or the protection of the public because other

initiale, afin d’adapter la décision à leur situation actuelle — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel violent-ils l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiable au regard de l’article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

L’accusé, qui souffre d’une déficience intellectuelle modérée, a été jugé inapte à subir son procès relativement à des accusations d’agression sexuelle. Il est demeuré à l’hôpital jusqu’à ce que, trois mois plus tard, une commission d’examen, en application des art. 672.47 et 672.54 du *Code criminel*, le libère sous conditions. L’effet conjugué des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) est que l’accusé jugé inapte à subir son procès demeure soumis au « régime » établi en vertu de la partie XX.1 du *Code* jusqu’à ce qu’il devienne apte ou jusqu’à ce que le ministère public ne puisse pas établir de preuve *prima facie* contre lui. L’accusé ne peut bénéficier d’une libération inconditionnelle. Les personnes qui, comme l’accusé, sont incaptes de façon permanente et ne pourront jamais subir leur procès sont tenues de comparaître devant la commission d’examen pour une période indéfinie et soumises à ses pouvoirs. La Cour supérieure du Québec a refusé l’arrêt des procédures à l’accusé et a confirmé la validité de l’art. 672.54. L’accusé a contesté devant la Cour la constitutionnalité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code* invoquant le partage des pouvoirs prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les dispositions contestées sont inconstitutionnelles.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish : Les dispositions contestées sont dans les limites de la compétence du Parlement. Le caractère véritable de la partie XX.1 du *Code criminel* se dégage de son double objectif que sont la protection du public et le traitement équitable et approprié de l’accusé atteint de troubles mentaux. Bien que l’exercice du pouvoir en matière criminelle à l’égard des accusés ayant fait l’objet d’un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » ne puisse se justifier qu’au regard de l’aspect préventif du droit criminel, la situation est différente pour ce qui est de l’accusé jugé inapte à subir son procès. Ce n’est pas sur l’aspect préventif que repose la compétence du droit criminel à son égard, à moins qu’il ne soit jugé dangereux. Le système de justice pénale garde compétence à l’égard de l’accusé jugé inapte à subir son procès parce que des accusations criminelles pèsent toujours contre lui et que les procédures sont toujours en instance.

considerations justify Parliament's jurisdiction in regard to accused found unfit to stand trial, namely its jurisdiction over criminal procedure. The pith and substance of the impugned provisions thus falls within both the preventive and criminal procedure branches of the criminal law. It should also be noted that laws dealing with the unfit accused have long been accepted as valid criminal law. Lastly, where, as here, one level of government supports the constitutionality of another level's legislation, a court should be cautious before finding the impugned provision *ultra vires*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, the deprivation of the unfit accused's liberty accords with the presumption of innocence as a principle of fundamental justice. The Review Board proceedings under ss. 672.54 and 672.81(1) do not involve a determination of guilt or innocence. Nor do they presume that the unfit accused is dangerous. They simply require the Review Board to perform an assessment of the accused and impose the least onerous condition on his liberty. The unavailability of an absolute discharge relates to the fact that the accused has not been tried, rather than the presumption that the accused is guilty or dangerous. Section 672.33 does not presume guilt, but rather aims at preventing abuses of the regime under Part XX.1 by providing that the accused is acquitted when the evidence presented to the court is insufficient to put him on trial.

However, it is a well-established principle of fundamental justice that criminal legislation must not be overbroad. The least onerous disposition under s. 672.54(a), absolute discharge, is not available to the accused found unfit to stand trial. This is justified in the case of an unfit accused who does not suffer from a permanent mental disorder, because the means chosen by Parliament significantly advance the goals of assessment and treatment, which can result in rendering the accused fit for trial, and the goal of protecting the public. In the case of a permanently unfit accused, a trial is not a possibility and the objective of rendering the accused fit for trial does not apply. Consequently, the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered and there is no evidence of a significant threat to public safety, makes the law overbroad because the means chosen are not the least restrictive of the unfit person's liberty and are not necessary to achieve the state's objective. The impugned legislation thus infringes the s. 7 liberty of permanently

Tant que l'accusation est maintenue, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la dangerosité de l'accusé ni de la protection du public parce que d'autres facteurs justifient la compétence du Parlement à son égard, à savoir la compétence en matière de procédure criminelle. Le caractère véritable des dispositions contestées relève donc des volets prévention et procédure du droit criminel. Il importe également de souligner qu'il est depuis longtemps reconnu que les lois applicables aux accusés inaptes constituent du droit criminel valide. Enfin, dans le cas où, comme en l'espèce, un ordre de gouvernement appuie la constitutionnalité d'une loi d'un autre ordre de gouvernement, le tribunal devrait se montrer réticent à déclarer inconstitutionnelle la disposition contestée.

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, l'atteinte à la liberté de l'accusé inapte ne contrevient pas à la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale. Les instances devant la commission d'examen prévues à l'art. 672.54 et au par. 672.81(1) ne comportent pas de détermination quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il n'est pas non plus présumé que l'accusé inapte est dangereux. Il est simplement exigé que la commission d'examen évalue l'accusé et lui impose la condition la moins privative de liberté. L'impossibilité de bénéficier d'une libération inconditionnelle tient au fait que l'accusé n'a pas subi son procès, plutôt qu'à la présomption de sa culpabilité ou de sa dangerosité. L'article 672.33 ne comporte pas de présomption de culpabilité, mais vise plutôt à prévenir qu'on abuse du régime prévu à la partie XX.1 en permettant l'acquittement de l'accusé lorsque les éléments de preuve présentés au tribunal ne suffisent pas pour ordonner la tenue de son procès.

Toutefois, selon un principe de justice fondamentale bien établi, une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale. L'accusé jugé inapte à subir son procès ne peut bénéficier d'une libération inconditionnelle, qui est la décision la moins sévère prévue à l'al. 672.54a). Cette situation est justifiée dans le cas de l'accusé qui n'est pas atteint d'un trouble mental permanent, parce que les moyens choisis par le législateur favorisent nettement la réalisation des objectifs d'évaluation et de traitement, lesquels peuvent rendre l'accusé apte à subir son procès, et de l'objectif d'assurer la protection du public. Dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est permanente, la tenue d'un procès étant impossible, l'objectif de le rendre apte à subir son procès ne s'applique pas. Par conséquent, lorsque la preuve démontre clairement que l'accusé n'acquerra jamais l'aptitude nécessaire et que rien ne prouve qu'il représente un risque important pour la sécurité du public, son assujettissement continu au processus pénal donne au texte législatif une portée excessive parce que les moyens choisis ne sont pas les

unfit accused who do not pose a significant threat to society.

The overbroad legislation cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*, because its overbreadth causes it to fail the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. Part XX.1 deals unfairly with the permanently unfit accused who are not a significant threat to public safety. The regime does not provide for an end to the prosecution. Permanently unfit accused are subject to indefinite conditions on their liberty, of varying degrees of restrictiveness, resulting from the disposition orders of the Review Board or the court. Psychiatric evaluations are necessary to assess the mental condition of the permanently unfit accused in order to impose the least restrictive conditions, if any, on his liberty. The inability of courts and Review Boards to order such an assessment after the initial evaluation of the accused makes it impossible to ensure that the disposition under s. 672.54 or any review pursuant to s. 672.81(1) is tailored to the unfit accused's current circumstances.

The appropriate remedy in this case is a declaration of invalidity of the impugned provisions, suspended for a 12-month period to give Parliament time to amend the legislation. Such amendments should allow courts, under s. 672.54, to absolutely discharge a permanently unfit accused, and should also allow courts or Review Boards to order psychiatric evaluations if no current evaluations are available to them. Although the rule in *Schachter* precludes courts from granting an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* during the period of suspended invalidity, it does not stop them from awarding prospective remedies under s. 24(1) in conjunction with remedies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, if Parliament does not amend the invalid legislation within one year, those permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public can ask for a stay of proceedings.

Per LeBel J.: The impugned provisions are *ultra vires* Parliament. The criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* does not grant Parliament the authority to supervise and detain accused

moins privés de liberté à l'égard de la personne inapte et ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif de l'État. Les dispositions contestées violent ainsi le droit à la liberté garanti par l'art. 7 aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société.

Un texte législatif d'une portée excessive ne peut être validé en vertu de l'article premier de la *Charte*, car, du fait de sa portée excessive, il ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. La partie XX.1 traite de manière inéquitable les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Le régime ne prévoit pas la fin des poursuites. La liberté des accusés dont l'inaptitude est permanente est assortie de conditions plus ou moins privatives de liberté pour une période indéfinie, selon les décisions de la commission d'examen ou du tribunal. Les évaluations psychiatriques sont nécessaires pour apprécier l'état mental de l'accusé dont l'inaptitude est permanente afin que lui soient imposées, s'il y a lieu, les conditions les moins privatives de liberté. L'impossibilité pour les tribunaux et les commissions d'examen d'ordonner une autre évaluation de l'accusé, après l'évaluation initiale, fait qu'il leur est impossible d'adapter à la situation actuelle de l'accusé inapte la décision visée à l'art. 672.54 ou la révision prévue au par. 672.81(1).

La réparation qui convient en l'espèce consiste en une déclaration d'invalidité des dispositions contestées, dont l'effet est suspendu pour 12 mois afin que le Parlement puisse modifier la loi. Ces modifications permettraient aux tribunaux d'ordonner en vertu de l'art. 672.54 la libération inconditionnelle des accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Elles habiliteraient également le tribunal ou la commission d'examen à ordonner une évaluation psychiatrique s'ils ne disposent pas d'une évaluation récente. Même si la règle énoncée dans *Schachter* interdit aux tribunaux d'octroyer une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* pendant la période de suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité, elle ne les empêche pas d'accorder des réparations prospectives en vertu du par. 24(1) en même temps qu'une réparation fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, si le Parlement ne modifie pas le texte législatif invalide d'ici un an, les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public auront alors le droit de demander l'arrêt des procédures.

Le juge LeBel : Les dispositions contestées excèdent la compétence du Parlement. Le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur la procédure en matière criminelle ne lui permet pas

who are permanently unfit to stand trial. The division of powers should be read in light of the principles that animate the whole of our Constitution, including the principle of respect for human rights and freedoms. The human rights and freedoms expressed in the *Charter*, while they do not formally modify the scope of the powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, provide a new lens through which those powers should be viewed. In choosing one among several possible interpretations of powers that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of the *Charter* should be adopted. In this case, the pith and substance of Part XX.1 in relation to accused found unfit to stand trial is the treatment and supervision of these accused as well as the protection of the public while they remain unfit and subject to an outstanding criminal charge. Insofar as the aim of Part XX.1 is concerned with the treatment and supervision of a temporarily unfit accused and the protection of the public during the accused's limited period of unfitness, its ultimate aim is to try the accused once he becomes fit. This falls squarely within the ambit of the criminal procedure power. However, where the accused is permanently unfit to stand trial, the overriding goal of Part XX.1 is absent and Parliament loses jurisdiction. A person cannot be subject to state control and have limits imposed on his liberty based on the criminal procedure power absent progress towards the adjudication of his legal culpability. This is a fundamental human right affirmed in ss. 7 and 11(b) of the *Charter*. The continued supervision, detention or conditional liberty of a permanently unfit accused can relate only to the mental health of the individual, and this is considered to be within the provincial jurisdiction under ss. 92(7), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. Further, this approach has the salutary effect of respecting and enhancing the permanently unfit accused's human dignity.

There is agreement with the majority's conclusion regarding the violation of s. 7 of the *Charter*.

An application for a stay resulting from a violation of an accused's right under s. 11(b) to a trial within a reasonable time would be available to both dangerous and non-dangerous permanently unfit accused, as our jurisprudence has made no distinction between an accused's character or alleged propensity for violence in determining whether s. 11(b) has been violated and whether a stay should issue under s. 24(1) of the *Charter*.

de surveiller et de détenir les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Le partage des compétences devrait être interprété selon les principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution, y compris le principe du respect des droits et libertés de la personne. Les droits et libertés de la personne énoncés dans la *Charte*, même s'ils n'ont pas entraîné une modification formelle de la portée des compétences prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permettent d'examiner ces compétences sous un nouvel angle. Entre les diverses interprétations possibles des compétences qui touchent les droits de la personne, il convient de choisir celle qui respecte le mieux les impératifs de la *Charte*. En l'espèce, le caractère véritable de la partie XX.1 concernant les accusés jugés inaptes est leur traitement et leur surveillance ainsi que la protection du public aussi longtemps qu'ils demeurent inaptes et qu'une accusation criminelle reste en suspens. Dans la mesure où la partie XX.1 concerne le traitement et la surveillance d'un accusé dont l'inaptitude est temporaire et la protection du public pendant cette période limitée d'inaptitude, son objectif ultime demeure de traduire l'accusé en justice une fois qu'il devient apte à subir son procès. Cela relève clairement de la compétence en matière de procédure criminelle. Toutefois, lorsque l'inaptitude de l'accusé est permanente, l'objectif primordial de la partie XX.1 n'existe plus et le Parlement n'a plus compétence. Une personne ne peut demeurer assujettie au contrôle de l'État et voir imposer des limites à sa liberté en vertu de la compétence en matière de procédure criminelle sans que des étapes soient franchies en vue de la détermination de sa culpabilité en droit. Il s'agit d'un droit fondamental de la personne qui est confirmé à l'art. 7 et à l'al. 11(b) de la *Charte*. Le contrôle continu qui est exercé sur un accusé dont l'inaptitude est permanente ou bien sa surveillance, sa détention ou sa mise en liberté conditionnelle continuent peuvent n'être reliées qu'à la santé mentale de l'individu, matière qui relève de la compétence des provinces en vertu des par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par ailleurs, cette approche a l'effet salutaire de respecter et de rehausser la dignité humaine de l'accusé dont l'inaptitude est permanente.

Il y a accord avec la conclusion de la majorité qu'il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Tant un accusé dangereux qu'un accusé non dangereux dont l'inaptitude est permanente pourraient demander l'arrêt des procédures en raison de l'atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable qui est prévu à l'al. 11(b), car notre jurisprudence ne fait aucune distinction entre la moralité d'un accusé et sa propension présumée à la violence pour déterminer si l'al. 11(b) a été violé et si un arrêt des procédures devrait être ordonné en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

With respect to a remedy, ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* should be declared invalid pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and the declaration should be suspended for 12 months. Further, the accused and all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should be granted a stay of proceedings within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the breach of their s. 7 rights. This is an appropriate case to combine remedies under ss. 24(1) and 52, because slavish adherence to the rule in *Schachter* would result in an injustice. This is not a situation in which a s. 24 remedy would only duplicate the relief flowing from the s. 52 remedy. From the perspective of the public role of the *Charter*, a suspended declaration of invalidity under s. 52 ensures future compliance with the *Constitution Act, 1867* by Parliament and also protects the public from the immediate release of potentially dangerous persons, while giving time to both Parliament and the provincial legislatures to amend their respective legislation. From the perspective of the accused, however, a suspended declaration of invalidity gives him no immediate redress and the violation of his liberty interest under s. 7 continues. In light of the seriousness of the violation and the Review Board's recent finding that the accused was not dangerous enough to warrant hospitalization, a stay to be granted within 30 days would effectively redress the wrong he has suffered. The 30-day period is sufficient to allow the provincial health authorities to seek a protective order under their mental health regime, if necessary. There is no question in this case that the Court can effectively implement the suspended declaration of invalidity or the stay.

Cases Cited

By Iacobucci and Bastarache JJ.

Applied: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **discussed:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney*

Pour ce qui est de la réparation, les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* devraient être déclarés invalides sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'effet de la déclaration devrait être suspendu pour 12 mois. De plus, l'accusé et tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient en vertu du par. 24(1) de la *Charte* bénéficier, dans les 30 jours, d'un arrêt des procédures vu que les droits qui leur sont garantis par l'art. 7 ont été violés. Il s'agit d'un cas où il convient de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et l'art. 52, parce que le respect servile de la règle énoncée dans *Schachter* entraînerait une injustice. Il ne s'agit pas d'une situation où une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait qu'accorder le même redressement que celui découlant de l'art. 52. En ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu fondée sur l'art. 52 permettrait de garantir le respect futur par le Parlement de la *Loi constitutionnelle de 1867* et également de protéger le public contre la mise en liberté immédiate de personnes potentiellement dangereuses, tout en donnant tant au Parlement qu'aux législatures provinciales la possibilité de modifier leurs lois respectives. Toutefois, du point de vue de l'accusé, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu ne lui permettrait pas d'obtenir une réparation immédiate. L'atteinte à son droit à la liberté garanti par l'art. 7 se poursuivrait. Compte tenu de la gravité de l'atteinte et du fait que la commission d'examen a récemment conclu que l'accusé n'était pas dangereux au point de justifier son hospitalisation, un arrêt des procédures dans les 30 jours permettrait de corriger effectivement le préjudice qu'il a subi. Le délai de 30 jours devrait permettre aux autorités provinciales de la santé d'obtenir, au besoin, des ordonnances préventives en vertu de leur régime de santé mentale respectif. Il ne fait aucun doute en l'espèce que la Cour peut mettre en œuvre efficacement l'arrêt des procédures ou la déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Bastarache

Arrêts appliqués : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêt analysé :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés :** *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC

General), [1995] 3 S.C.R. 199; *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659.

By LeBel J.

Not followed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **distinguished:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; **referred to:** *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*); *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of the City of Montreal*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Ritcey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1077; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Adler v. Ontario*, [1996] 3

31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659.

Citée par le juge LeBel

Arrêt non suivi : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; **arrêts mentionnés :** *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*); *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Ritcey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1077; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter v. Southam Inc.*,

S.C.R. 609; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(b), (d), 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 271(1)(a), 614(2), Part XX.1, 672.11, 672.22, 672.23, 672.24(1) [am. 1997, c. 18, s. 82], 672.26, 672.33, 672.34, 672.45, 672.47, 672.48, 672.54, 672.55 [idem, s. 86], 672.58 to 672.62, 672.81.

Authors Cited

Black, Charles L., Jr. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge, CT: Ox Bow Press, 1983 (1985 reprint).
 Bobbitt, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982.
 Canada. House of Commons. *Response to the 14th Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Review of the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code*. Ottawa, Government of Canada, November 2002.
 Chayes, Abram. "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281.
 Elliot, Robin. "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67.
 Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77.

[1984] 2 R.C.S. 145; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *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 à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11b), d), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 271(1)a), 614(2), partie XX.1, 672.11, 672.22, 672.23, 672.24(1) [mod. 1997, ch. 18, art. 82], 672.26, 672.33, 672.34, 672.45, 672.47, 672.48, 672.54, 672.55 [idem, art. 86], 672.58 à 672.62, 672.81.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Black, Charles L., Jr. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge, CT : Ox Bow Press, 1983 (1985 reprint).
 Bobbitt, Philip. *Constitutional Fate : Theory of the Constitution*. New York : Oxford University Press, 1982.
 Canada. Chambre des communes. *Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne : Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux*. Ottawa, Gouvernement du Canada, novembre 2002.
 Chayes, Abram. « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281.
 Elliot, Robin. « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67.
 Laskin, Bora. « An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights » (1959), 37 *R. du B. can.* 77.

MacKay, A. Wayne. "The Supreme Court of Canada and Federalism: Does/Should Anyone Care Anymore?" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 241.

Pilkington, M. L. "Monetary Redress for Charter Infringement", in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 307.

Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.

Schneider, Richard D. "Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits?" (2000), 21 *For the Defence* 36.

Scott, Francis Reginald. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 1959.

Shandal, Vinay. "Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act*, 1982: A Discretionary Approach" (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175.

Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court, [2002] Q.J. No. 590 (QL), J.E. 2002-976, dismissing the accused's motion for a stay of proceedings and for a declaration that s. 672.54 of the *Criminal Code* is unconstitutional. Appeal allowed.

Suzanne Gagné and Stéphane Lepage, for the appellant.

Joanne Marceau, for the respondent.

Michel F. Denis and Yvan Poulin, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Lucy Cecchetto and Shaun Nakatsuru, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

This appeal raises the issue of the constitutional validity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("Cr. C."),

MacKay, A. Wayne. « The Supreme Court of Canada and Federalism : Does/Should Anyone Care Anymore? » (2001), 80 *R. du B. can.* 241.

Pilkington, M. L. « Monetary Redress for Charter Infringement », in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto : Butterworths, 1987, 307.

Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1980.

Schneider, Richard D. « Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits? » (2000), 21 *For the Defence* 36.

Scott, Francis Reginald. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 1959.

Shandal, Vinay. « Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act*, 1982 : A Discretionary Approach » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175.

Weiler, Paul C. « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec, [2002] J.Q. n° 590 (QL), J.E. 2002-976, qui a rejeté la requête de l'accusé visant à obtenir l'arrêt des procédures et à faire déclarer inconstitutionnel l'art. 672.54 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Suzanne Gagné et Stéphane Lepage, pour l'appellant.

Joanne Marceau, pour l'intimé.

Michel F. Denis et Yvan Poulin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lucy Cecchetto et Shaun Nakatsuru, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

with respect to accused persons who are unfit to stand trial. More specifically, the questions raised are whether the regime set out by Parliament in Part XX.1 Cr. C. is unconstitutional under the division of powers analysis or under ss. 7, 11(b), 11(d) or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when applied to persons who have been found permanently unfit to stand trial.

(« C. cr. »), à l'égard des accusés inaptes à subir leur procès. Plus particulièrement, se posent les questions de savoir si, selon l'analyse du partage des compétences ou selon l'art. 7, l'al. 11b), l'al. 11d) ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le régime établi par le Parlement dans la partie XX.1 C. cr. est inconstitutionnel si on l'applique aux personnes jugées inaptes de façon permanente à subir leur procès.

2 We have found that the application of the impugned provisions to persons found unfit to stand trial, on account of permanent or temporary mental disorder, falls within the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada. However, we have also found that persons who are permanently unfit to stand trial and do not pose a significant threat to public safety suffer a breach of their liberty interest under s. 7 of the *Charter* because they are subject to indefinite appearances before the Review Board and to the exercise of its powers over them. The limitation of their liberty interest does not accord with the principles of fundamental justice and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, we would allow the appeal.

Nous avons conclu que l'application des dispositions contestées aux personnes jugées inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux permanents ou temporaires relève de la compétence législative du Parlement du Canada. Toutefois, nous avons également conclu que les personnes inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public sont privées du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elles sont tenues de comparaître devant la commission d'examen pour une période indéfinie et soumises à ses pouvoirs. La restriction de leur droit à la liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Background

II. Les faits

3 The appellant suffers from Trisomy 21, more commonly known as Down Syndrome, which causes him to be moderately intellectually handicapped. On January 23, 1997, he appeared before the Court of Quebec in relation to charges of sexual assault under s. 271(1)(a) Cr. C. On that date, the judge before whom the appellant appeared ordered an inquiry to determine whether he was fit to stand trial. On February 28, 1997, the appellant was declared unfit to stand trial, following which he remained in hospital until he was discharged three months later, on May 5, 1997, by a Review Board acting under ss. 672.47 and 672.54 Cr. C. His discharge was subject to the condition that he live with his family, keep the peace and establish a consensual treatment regime together with his parents and medical professionals.

L'appelant est atteint de trisomie 21, mieux connue sous le nom de syndrome de Down, ce qui fait qu'il souffre d'une déficience intellectuelle modérée. Le 23 janvier 1997, il a comparu devant la Cour du Québec relativement à des accusations d'agression sexuelle prévues à l'al. 271(1)a) C. cr. Ce jour-là, le juge devant qui il a comparu a ordonné la tenue d'une enquête afin de déterminer son aptitude à subir son procès. Le 28 février 1997, l'appelant a été jugé inapte, après quoi il est demeuré à l'hôpital jusqu'à ce que, trois mois plus tard, le 5 mai 1997, une commission d'examen, en application des art. 672.47 et 672.54 C. cr., le libère à la condition qu'il réside avec sa famille, ne trouble pas l'ordre public et établisse un traitement consensuel avec ses parents et les professionnels de la santé.

4 The appellant presented a motion to obtain a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*,

L'appelant a présenté une requête visant à obtenir l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) de

or alternatively, to have s. 672.54 Cr. C. declared of no force and effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, on the basis that it violated his rights under ss. 7, 11(b) and 15(1). The Quebec Superior Court refused to grant a stay and upheld the impugned provision: [2002] Q.J. No. 590 (QL). Since the matters at issue are not appealable to the Quebec Court of Appeal, leave to appeal was sought. Leave to appeal was granted by this Court on December 12, 2002.

III. Constitutional and Statutory Provisions

The following provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Criminal Code* are at issue:

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

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

672.33 (1) The court that has jurisdiction in respect of the offence charged against an accused who is found unfit to stand trial shall hold an inquiry, not later than two years after the verdict is rendered and every two years thereafter until the accused is acquitted pursuant to subsection (6) or tried, to decide whether sufficient evidence can be adduced at that time to put the accused on trial.

la *Charte* ou, subsidiairement, à faire déclarer inopérant l'art. 672.54 C. cr. en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour le motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7, l'al. 11b) et le par. 15(1). La Cour supérieure du Québec lui a refusé l'arrêt des procédures et a confirmé la validité de la disposition contestée : [2002] J.Q. n° 590 (QL). Les questions en litige ne pouvant être portées en appel à la Cour d'appel du Québec, notre Cour a été saisie d'une demande d'autorisation de pourvoi, qu'elle a accueillie le 12 décembre 2002.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles

Les dispositions suivantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du *Code criminel* sont en cause :

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

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

672.33 (1) Lorsqu'un verdict d'inaptitude à subir son procès a été rendu, le tribunal qui a compétence à l'égard de l'infraction reprochée à l'accusé doit tenir une audition, au plus tard deux ans après le verdict et tous les deux ans par la suite jusqu'à ce que l'accusé soit acquitté en vertu du paragraphe (6) ou subisse son procès, pour déterminer s'il existe toujours suffisamment d'éléments de preuve pour ordonner que l'accusé subisse son procès.

672.54 Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.81 (1) A Review Board shall hold a hearing not later than twelve months after making a disposition and every twelve months thereafter for as long as the disposition remains in force, to review any disposition that it has made in respect of an accused, other than an absolute discharge under paragraph 672.54(a).

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.81 (1) La commission d'examen qui a rendu une décision à l'égard d'un accusé tient une nouvelle audition au plus tard douze mois après la décision et à l'intérieur de chaque période de douze mois suivante si la décision rendue en vertu de ces alinéas est toujours en vigueur, à l'exception d'une libération inconditionnelle prononcée en vertu de l'alinéa 672.54a).

L'appelant soutient que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) C. cr. portent atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et à celui d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantissent respectivement l'art. 7 et l'al. 11b), à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) et aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

6 The appellant submits that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. infringe his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7, his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(b), the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d), and his equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The relevant provisions of the *Charter* are as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(b) to be tried within a reasonable time;

. . .

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on February 13, 2003:

1. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of their right to liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?
2. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of the right to be presumed innocent?
4. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
5. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Charter* on the ground that they create discrimination against persons with a mental disability who have been found unfit to stand trial?
6. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Les questions en litige

Le 13 février 2003, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Juge en chef :

1. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès, et ce, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale?
2. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?
3. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la présomption d'innocence les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?
4. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?
5. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'ils créent de la discrimination à l'endroit des personnes atteintes de déficience mentale qui font l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?
6. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

An additional question was stated on November 4, 2003:

7. Does the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to persons found unfit to stand trial on account of permanent mental disorder overstep the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

V. Discussion

A. *The Impugned Scheme*

8

In the wake of this Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, Parliament introduced Part XX.1 Cr. C. The provisions in Part XX.1 establish a regime for dealing with accused persons who suffer from mental disorders. The first group covered by the regime is made up of accused that are found "not criminally responsible on account of mental disorder" ("NCR") under s. 672.34 Cr. C. The second group constitutes individuals declared unfit to stand trial. In *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, a majority of this Court held that Part XX.1 was constitutional insofar as it applied to NCR offenders. The constitutionality of Part XX.1 in its application to accused who are unfit to stand trial was not addressed in *Winko* and is the focus of this appeal.

9

Under s. 672.23(1) Cr. C., where a court has reasonable grounds to believe that the accused is unfit to stand trial, it may direct, on its own motion or on the application of one of the parties, that the issue of fitness of the accused be tried. The court has the power under s. 672.11 to order an assessment of the accused, which constitutes an examination by a medical practitioner on the mental condition of the accused, and any incidental observation or examination of the accused. During a trial on the fitness of the accused, an unrepresented accused is provided with legal representation under s. 672.24(1). He or she is presumed fit to stand trial (s. 672.22). The party requesting that the issue of fitness be tried bears the burden of proving on a balance of probabilities that the accused is unfit to stand trial (ss. 672.22 and 672.23(2)). Although expert

Le 4 novembre 2003, la question supplémentaire suivante a été formulée :

7. L'application des articles 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux personnes jugées inaptes à subir leur procès en raison d'un trouble mental permanent excède-t-elle les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

V. Analyse

A. *Le régime contesté*

À la suite de l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le législateur a adopté la partie XX.1 C. cr., qui établit un régime visant les accusés atteints de troubles mentaux. Dans un premier groupe, figurent les accusés ayant fait l'objet d'un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » selon l'art. 672.34 C. cr. et, dans un second, les personnes déclarées inaptes à subir leur procès. Dans *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, la Cour conclut à la majorité que la partie XX.1 est constitutionnelle dans la mesure où elle s'applique aux contrevenants criminellement non responsables. La constitutionnalité de la partie XX.1 relativement aux accusés inaptes à subir leur procès, qui n'a pas été examinée dans cet arrêt, constitue l'essence du présent pourvoi.

Aux termes du par. 672.23(1) C. cr., le tribunal qui a des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès peut, d'office ou à la demande d'une des parties, ordonner que cette aptitude soit déterminée. Le tribunal a, en vertu de l'art. 672.11, le pouvoir d'ordonner l'évaluation de l'accusé, qui consiste en une évaluation de son état mental par un médecin, y compris l'observation et l'examen qui en découlent. À l'audience sur son aptitude à subir son procès, l'accusé non représenté par avocat s'en voit désigner un en application du par. 672.24(1). Il est présumé apte à subir son procès (art. 672.22). La partie qui demande au tribunal de déterminer l'aptitude de l'accusé a la charge de prouver, compte tenu de la prépondérance des probabilités, son inaptitude (art. 672.22 et par. 672.23(2)). Même si la preuve d'expert est

evidence is relied on heavily, the ultimate issue of fitness is decided by the trier of fact (s. 672.26).

If the accused is found unfit to stand trial, the court may order the forcible treatment of the accused for up to 60 days if (i) the Crown requests forcible treatment and (ii) according to a medical practitioner, specific treatment should be administered for the purpose of making the accused fit to stand trial (ss. 672.58 and 672.59). Immediately following such treatment or a finding that the accused is unfit to stand trial (in the event that no treatment of the accused is ordered), a disposition hearing is held, either by the court (s. 672.45) or alternatively by a Review Board (s. 672.47) to determine whether, and subject to what conditions, if any, the accused should be released or detained. The body conducting the disposition hearing must take into consideration the factors set out in s. 672.54: the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. It must be pointed out that under s. 672.54, the Review Board is not authorized to grant an absolute or unconditional discharge to persons who are unfit to stand trial (although it does allow for the absolute discharge of individuals declared NCR).

Following its initial disposition in respect of an accused, the Review Board must conduct a hearing every year to determine whether the circumstances warrant a modification of its disposition (s. 672.81(1)). If the accused is fit to stand trial, he is sent to trial under s. 672.48, and the jurisdiction of the Review Board ceases to operate. Otherwise, and subject to what will be said immediately below, another review hearing is held the following year.

In addition to the proceedings conducted by the Review Board, under s. 672.33, every two years, the Crown must appear before a court to show that there still exists a *prima facie* case against the accused. This is the only way the Crown can justify maintaining the outstanding criminal charge against the

largement déterminante, il appartient ultimement au juge des faits de trancher la question de l'aptitude (art. 672.26).

Dans le cas où l'accusé est déclaré inapte à subir son procès, le tribunal peut ordonner son traitement forcé pour une période maximale de 60 jours si (i) le ministère public en fait la demande et (ii) si un médecin estime qu'un traitement particulier devrait lui être donné afin de le rendre apte à subir son procès (art. 672.58 et 672.59). Immédiatement après le traitement ou après le verdict d'inaptitude à subir son procès (si aucun traitement n'est ordonné), le tribunal (art. 672.45) ou la commission d'examen (art. 672.47) tient une audition en vue de déterminer s'il y a lieu de libérer ou de détenir l'accusé, et à quelles conditions, le cas échéant. L'autorité qui tient l'audition doit prendre en compte les facteurs énoncés à l'art. 672.54 : la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l'état mental de l'accusé et ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale. Il importe de souligner que, selon les règles prévues à l'art. 672.54, la commission d'examen ne peut accorder une libération inconditionnelle aux personnes jugées inaptes à subir leur procès (bien que ce soit permis dans le cas des personnes déclarées criminellement non responsables).

La commission d'examen qui a initialement rendu une décision à l'égard de l'accusé doit tenir une nouvelle audition chaque année afin de déterminer si la situation de l'accusé justifie la modification de sa décision (par. 672.81(1)). Si l'accusé est devenu apte à subir son procès, il est, selon l'art. 672.48, renvoyé devant le tribunal pour y subir son procès et la commission d'examen cesse d'avoir compétence; sinon, une nouvelle audition est tenue l'année d'après, sous réserve des paragraphes qui suivent.

Outre les procédures devant la commission d'examen, il est prévu à l'art. 672.33 que, tous les deux ans, le ministère public se présente devant le tribunal pour démontrer qu'il existe toujours une preuve *prima facie* contre l'accusé. C'est le seul moyen par lequel il peut justifier le maintien de

10

11

12

accused. In the event that the Crown cannot make out a *prima facie* case against the accused, the court is required to acquit the accused.

l'accusation criminelle. Le tribunal est tenu d'acquitter l'accusé si le ministère public ne parvient pas à établir une preuve *prima facie* contre l'accusé.

13 The result of the combined operation of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) is that an accused found unfit to stand trial remains in the "system" established under Part XX.1 until either (a) he or she becomes fit to stand trial or (b) the Crown fails to establish a *prima facie* case against him or her.

L'effet conjugué des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) est que l'accusé jugé inapte demeure soumis au « régime » établi en vertu de la partie XX.1, a) jusqu'à ce qu'il devienne apte à subir son procès ou b) jusqu'à ce que le ministère public ne puisse pas établir de preuve *prima facie* contre lui.

B. *Division of Powers*

B. *Partage des compétences*

14 We will first examine the issue as to whether the impugned provisions fall within Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, or whether, as the appellant contends, it is *ultra vires*.

Nous examinerons d'abord la question de savoir si les dispositions contestées relèvent du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en droit criminel ou, comme le soutient l'appelant, si elles excèdent sa compétence.

15 Whenever an issue of division of powers arises, the first step in the analysis is to characterize the "pith and substance" of the impugned legislation. In order to determine the pith and substance of any particular legislative provision, it is necessary to examine that provision in its overall legislative context: *Swain, supra*, at p. 998.

Dans tout litige sur le partage des compétences, la première étape de l'analyse consiste à découvrir le « caractère véritable » du texte de loi attaqué. Pour déterminer le caractère véritable d'une disposition donnée, il faut examiner cette disposition dans l'ensemble de son contexte législatif : *Swain*, précité, p. 998.

(1) The Criminal Law Power

(1) La compétence en droit criminel

16 Parliament's jurisdiction over criminal law was recently examined by this Court in *R. v. Marmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 73-74:

La Cour a récemment examiné, dans *R. c. Marmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 73-74, la compétence du Parlement en droit criminel :

The federal criminal law power is "plenary in nature" and has been broadly construed:

La compétence du fédéral en matière criminelle comporte « la plénitude des pouvoirs » à cet égard et a été interprétée de manière généreuse :

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

(Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] S.C.R. 1 (the “Margarine Reference”), at p. 49)

(Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] R.C.S. 1 (le « Renvoi sur la margarine »), p. 49)

For a law to be classified as a criminal law, it must possess three prerequisites: a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty (*Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27). The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or other legitimate public purpose. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, it was held that some legitimate public purpose must underlie the prohibition. In *Labatt Breweries [of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada]*, [1980] 1 S.C.R. 914, in holding that a health hazard may ground a criminal prohibition, Estey J. stated the potential purposes of the criminal law rather broadly as including “public peace, order, security, health and morality” (p. 933). Of course Parliament cannot use its authority improperly, e.g. colourably, to invade areas of provincial competence: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

Pour qu’une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter les trois éléments suivants : un objet valide de droit criminel assorti d’une interdiction et d’une sanction (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27). Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l’ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour a jugé que l’interdiction devait reposer sur un objectif public légitime. Dans *Brasseries Labatt [du Canada Ltée c. Procureur général du Canada]*, [1980] 1 R.C.S. 914, estimant qu’un risque pour la santé pouvait justifier une interdiction de nature pénale, le juge Estey a énoncé assez largement les objectifs que peut viser le droit criminel, notamment « l’ordre, la sécurité, la santé et les bonnes mœurs publics » (p. 933). Le Parlement ne peut évidemment pas exercer son pouvoir de manière illégitime, par exemple de façon déguisée, pour empiéter sur un champ de compétence provinciale : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237.

In determining whether the purpose of a law constitutes a valid criminal law purpose, courts also look at whether laws of this type have traditionally been held to be criminal law: *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17, at para. 51; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 32; *RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 204; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 491.

Pour déterminer si l’objet d’une loi est un objet de droit criminel valide, les tribunaux examinent également si les lois de ce genre sont habituellement considérées comme relevant du droit criminel : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17, par. 51; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 32; *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 204; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 491.

The pith and substance of Part XX.1 Cr. C. is revealed by its twin goals of protecting the public and treating the mentally ill accused fairly and appropriately: *Winko, supra*, at para. 20.

Le caractère véritable de la partie XX.1 C. cr. se dégage de son double objectif que sont la protection du public et le traitement équitable et approprié de l’accusé atteint de troubles mentaux : *Winko*, précité, par. 20.

(2) Pith and Substance of the Impugned Provisions and Their Classification as Criminal Law Under Section 91(27)

(2) Le caractère véritable des dispositions contestées et leur qualification en tant que droit criminel selon le par. 91(27)

The appellant contends that once it has been established that a person will not be tried because of permanent unfitness to stand trial, the circumstances

L’appelant soutient que, dès qu’il est établi qu’une personne ne subira pas de procès en raison de son inaptitude permanente à subir son procès, sa

17

18

19

no longer constitute a matter within Parliament's criminal law power. Instead, he claims that persons who represent a danger to themselves or others fall under the exclusive provincial jurisdiction of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The appellant also argues that the impugned provisions are not within Parliament's criminal law powers because their pith and substance is the protection of society from persons with dangerous mental states, not persons who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code*. He relies on passages from this Court's decisions in *Swain* and *Winko* to suggest that once an unfit accused ceases to pose a significant threat to public safety, the criminal justice system has no further application.

situation ne constitue plus une question qui relève de la compétence du Parlement en matière criminelle. Au contraire, dit-il, les personnes qui représentent un danger pour elles-mêmes ou pour autrui relèvent de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'appelant fait également valoir que les dispositions contestées n'entrent pas dans la compétence du Parlement en droit criminel parce que, de par leur caractère véritable, elles visent à protéger la société des personnes dont l'état mental constitue un danger, et non de celles qui ont adopté un comportement interdit par le *Code criminel*. Il prend appui sur des passages des arrêts *Swain* et *Winko* de la Cour pour indiquer qu'à partir du moment où l'accusé inapte ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

20

Such a statement is true of the NCR accused. This Court has stated that the only constitutional basis for the criminal law restricting the liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. For example, in *Winko*, at para. 33, McLachlin J. (as she then was) held:

Cette affirmation vaut pour l'accusé criminellement non responsable. La Cour a indiqué que, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l'accusé criminellement non responsable que pour protéger le public contre des risques importants pour sa sécurité. Voici, par exemple, la conclusion de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au par. 33 de *Winko* :

The preventative or protective jurisdiction exercised by the criminal law over NCR offenders extends only to those who present a significant threat to society. . . . Once an NCR accused is no longer a significant threat to public safety, the criminal justice system has no further application.

La compétence en matière de prévention et de protection que confère le droit criminel à l'endroit des contrevenants non responsables criminellement ne vise que les personnes qui représentent un risque important pour la société. [. . .] À partir du moment où l'accusé non responsable criminellement ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

21

However, to say that the same considerations apply to the accused person found unfit to stand trial is to ignore fundamental differences between persons who are found to be NCR and persons who are found unfit to stand trial. The difference in legal status between the NCR and the unfit accused has been discussed by R. D. Schneider in "Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits?" (2000), 21 *For the Defence* 36, at p. 38:

Toutefois, affirmer que les mêmes considérations s'appliquent à l'accusé jugé inapte à subir son procès équivaut à ne pas tenir compte des différences fondamentales entre les personnes déclarées criminellement non responsables et celles jugées inaptes à subir leur procès. La différence de statut juridique entre le premier groupe et le second groupe est examinée par R. D. Schneider dans « Mental Disorder in the Courts : Absolute Discharge for Unfits? » (2000), 21 *For the Defence* 36, p. 38 :

The NCR accused has not been convicted of a crime, but the criminal proceedings have been fully concluded

[TRADUCTION] L'accusé criminellement non responsable n'a pas été déclaré coupable d'un crime, mais l'instance

and a final verdict obtained. Therefore, society's residual hold on the accused can only be justified if the accused is shown to be a significant threat to the safety of the public. On the other hand, the unfit accused has yet to be tried. So long as the information or indictment is outstanding the court and/or the Review Board maintain jurisdiction over the accused. Jurisdiction over the unfit has nothing to do with dangerousness. The fitness rules were established to ensure that a prosecution not proceed where an accused is not able to adequately respond to the state. The rules are in place to protect the accused. While it is true that an accused may be "permanently unfit", surely that status accompanied by the presumption of innocence [*Charter*, s. 11(d)] is preferable to either proceeding against the unfit accused or terminating the outstanding charges. [Emphasis added.]

Thus, when a verdict of NCR has been rendered, the criminal process has ended and the exercise of criminal state power over NCR offenders can only be justified under the protective branch of the criminal law, when it is proven that the NCR offender presents a significant threat to the public. However, the situation is different with respect to accused found unfit to stand trial: the criminal law's jurisdiction over the unfit accused does not stem from the protective branch of the criminal law, unless he or she is found to be dangerous. Rather, the criminal justice system maintains jurisdictional control over the accused found unfit to stand trial because that person is subject to a criminal accusation and pending proceedings. As long as this accusation is maintained, it is not necessary to consider the dangerousness of the accused or the protection of the public because other considerations justify Parliament's jurisdiction in regards to accused found unfit to stand trial, namely its jurisdiction over criminal procedure.

Parliament's power in matters of criminal law, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, expressly includes "the [p]rocedure in [c]riminal [m]atters". Its jurisdiction over criminal procedure was discussed by this Court in *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253, at p. 262:

est terminée et le tribunal a rendu son verdict définitif. L'assujettissement que la société continue d'imposer à l'accusé ne peut donc se justifier que s'il est démontré qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. Pour sa part, l'accusé inapte n'a pas encore subi son procès. Tant qu'il n'a pas été statué sur la dénonciation ou l'acte d'accusation, le tribunal ou la commission d'examen conservent leur compétence à l'égard de l'accusé. La compétence à l'égard de la personne inapte n'a rien à voir avec la dangerosité. Les règles visant à déterminer l'aptitude d'une personne à subir son procès ont été établies afin que l'accusé ne soit pas poursuivi s'il n'a pas la capacité requise pour répondre aux accusations portées contre lui. Les règles sont là pour protéger l'accusé. S'il est vrai que l'accusé peut souffrir d'une « inaptitude permanente », ce statut, assorti de la présomption d'innocence [*Charte*, al. 11d)], est certainement préférable à l'engagement de poursuites contre un accusé inapte ou au retrait des accusations. [Nous soulignons.]

Ainsi, après le prononcé du verdict de non-responsabilité criminelle, le processus pénal prend fin et le pouvoir de l'État en matière de droit criminel à l'égard des contrevenants criminellement non responsables ne peut se justifier qu'au regard de l'aspect préventif du droit criminel, lorsqu'il est prouvé que le contrevenant criminellement non responsable représente un risque important pour le public. Toutefois, la situation est différente pour ce qui est de l'accusé jugé inapte à subir son procès : ce n'est pas sur l'aspect préventif que repose la compétence du droit criminel à son égard, à moins qu'il ne soit jugé dangereux. Le système de justice pénale garde compétence à l'égard de l'accusé jugé inapte parce que des accusations criminelles pèsent toujours contre lui et que les procédures sont toujours en instance. Tant que l'accusation est maintenue, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la dangerosité de l'accusé ni de la protection du public parce que d'autres facteurs justifient la compétence du Parlement à son égard, à savoir la compétence en matière de procédure criminelle.

Selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence du Parlement en droit criminel inclut expressément « la procédure en matière criminelle ». Dans *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253, p. 262, la Cour a examiné la compétence du Parlement en matière de procédure criminelle :

That the present s. 455, no less than its forerunners, is within federal competence as an exercise of power in relation to the criminal law, including procedure in a criminal matter, appears to me to be incontestable. The section makes it possible for a charge of an indictable offence to be brought before a justice of the peace or a magistrate to consider the issue of a summons or a warrant in respect of the charge. The criminal process is thus initiated and this initiation is integral to the process. [Emphasis added.]

From the time a person is accused of a crime under the *Criminal Code*, the criminal process is validly engaged and its hold on the accused found unfit to stand trial is established. Therefore, the authority to establish a scheme to administer the rights of the accused found unfit to stand trial flows from Parliament's jurisdiction on criminal law, including criminal procedure.

24

The system of Crown pre-charge screening in Quebec was described by this Court in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at para. 76 (citing the Attorney General of Quebec's factum):

[TRANSLATION] The prosecutor's decision to authorize the laying of criminal charges presupposes that the conduct complained of constitutes an offence in law, that there are reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it, and that it is appropriate to prosecute. In exercising prosecutorial discretion, the prosecutor must take into account various policy and social considerations.

Consequently, when the Crown has reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it and that it is appropriate to prosecute, it will lay criminal charges and the person falls within Parliament's criminal law jurisdiction. Such a finding reinforces the government's fundamental interest in bringing to trial an individual accused of a serious crime.

25

As mentioned above, Part XX.1 Cr. C. was enacted as a balanced response to this Court's decision in *Swain*. This new scheme reflects both the public's needs (protection from dangerous

Il me paraît incontestable que l'art. 455 actuel, tout autant que ceux qui l'ont précédé, relève de la compétence fédérale comme exercice de la compétence relative au droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle. L'article permet qu'une accusation d'acte criminel soit soumise à un juge de paix ou à un magistrat pour déterminer s'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat en ce qui concerne l'accusation. Le processus pénal est ainsi mis en marche et cette mise en marche fait partie intégrante du processus. [Nous soulignons.]

Le processus est valablement engagé à partir du moment où une personne est accusée d'un crime prévu au *Code criminel*; c'est pourquoi il est établi que la personne jugée inapte à subir son procès continue d'y être soumise. Le pouvoir d'établir un régime visant la mise en application des droits de l'accusé jugé inapte découle donc de la compétence du Parlement en droit criminel, y compris la procédure criminelle.

La Cour a décrit le système de filtrage pré-*inculpation* au Québec dans *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 76 (citant le mémoire du procureur général du Québec) :

La décision du substitut d'autoriser le dépôt d'accusations criminelles présuppose que le comportement reproché constitue une infraction en droit, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne sous enquête en est l'auteur, qu'on puisse légalement en faire la preuve et qu'il soit opportun de poursuivre. En effet, dans l'exercice de la discrétion de poursuivre, le substitut doit prendre en compte différentes considérations d'intérêt public et social.

Par conséquent, lorsque le ministère public a des motifs raisonnables de croire que la personne faisant l'objet d'une enquête est l'auteur de l'infraction, qu'il est possible d'en faire la preuve en droit et qu'il est opportun de poursuivre, il dépose des accusations criminelles et la personne est soumise à la compétence du Parlement en droit criminel. Une telle conclusion appuie l'intérêt fondamental du gouvernement à traduire en justice les personnes inculpées de crimes graves.

Comme il a été mentionné précédemment, la partie XX.1 C. cr. a été adoptée afin de donner une suite équilibrée à l'arrêt *Swain* de la Cour. Ce nouveau régime tient compte à la fois des besoins

individuals and bringing to trial an individual accused of a serious crime) and the needs of the accused (right to a fair trial, assessment and treatment of persons with mental disorders). The pith and substance of the impugned provisions falls within both the preventive and criminal procedure branches of the criminal law, all within well-accepted criminal law purposes (*Margarine Reference, supra*).

In *Swain, supra*, this Court found that the predecessor legislation to Part XX.1 was a valid exercise of Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. After citing *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 146, as an authority for the proposition that "legislation under the preventative branch of the criminal law power must relate in some way to criminal proceedings" but does not require an actual conviction, Lamer C.J. explained, at p. 1001:

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society. The protection of society is clearly one of the aims of the criminal law.

While I am aware of the potential danger of eroding provincial power if "protection of society" is characterized too broadly, I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere.

It is also important to note that laws dealing with the unfit accused have long been accepted as valid criminal law. Until 1990, where an accused was "acquitted on the basis of mental illness, he or she was not released, but was automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council:

du public (d'être protégé contre les personnes dangereuses et de traduire en justice les personnes accusées de crimes graves) et de ceux de l'accusé (le droit des personnes atteintes de troubles mentaux de bénéficier d'un procès équitable, d'une évaluation et d'un traitement). Le caractère véritable des dispositions contestées relève des volets prévention et procédure du droit criminel, lesquels s'inscrivent dans les objectifs reconnus du droit criminel (*Renvoi sur la margarine, précité*).

Dans *Swain, précité*, la Cour a conclu que la loi qui a précédé la partie XX.1 résultait d'un exercice valide de la compétence du Parlement en droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Après avoir cité *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, p. 146, à l'appui de la thèse selon laquelle « une mesure relevant de l'aspect préventif de la compétence en droit criminel doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle », mais ne requiert pas, de fait, une déclaration de culpabilité, le juge en chef Lamer explique, à la p. 1001 :

Étant donné que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne s'appliquent qu'aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d'aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements dangereux prohibés par le *Code criminel* et protège par conséquent la société. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Tout en étant conscient du danger qu'il y a d'éroder les compétences provinciales en donnant à la notion de « protection de la société » une portée trop large, j'aimerais souligner qu'en l'espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel.

Il importe également de souligner qu'il est depuis longtemps reconnu que les lois applicables aux accusés inaptes constituent du droit criminel valide. Jusqu'en 1990, l'accusé « acquitté pour cause d'aliénation mentale n'était pas libéré, mais [était] automatiquement détenu jusqu'à ce que le

Criminal Code, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3)”: *Winko, supra*, at para. 18.

bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil soit connu : *Code criminel*, par. 614(2) (auparavant par. 542(2)) (abrogé L.C. 1991, ch. 43, art. 3) » : *Winko*, précité, par. 18.

28

Finally, as stated by Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20, where one level of government supports the constitutionality of another level’s legislation, the Court should be cautious before finding the impugned provision *ultra vires*:

Enfin, comme l’indique le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20, lorsqu’un ordre de gouvernement appuie la constitutionnalité d’une loi d’un autre ordre de gouvernement, la Cour devrait se montrer réticente à déclarer inconstitutionnelle la disposition contestée :

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario. [Emphasis added.]

Selon moi, un point qu’il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l’existence d’une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s’adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquelles ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s’entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n’est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J’estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n’en conteste pas la validité ou, comme c’est le cas en l’espèce, lorsqu’il va même jusqu’à intervenir pour appuyer cette loi et qu’il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l’Ontario. [Nous soulignons.]

See also *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3, at para. 34, and *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 31. In the case at bar, the Attorney General of Canada, as well as the Attorney General of Ontario, have intervened to support the constitutionality of the impugned provisions of the *Criminal Code*.

Voir également *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, par. 34, et *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 31. En l’espèce, le procureur général du Canada et le procureur général de l’Ontario sont intervenus pour appuyer la constitutionnalité des dispositions contestées du *Code criminel*.

29

Thus, for all the aforementioned reasons, we are of the view that the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. to persons found unfit to stand trial, on account of permanent or temporary mental disorder, falls within the legislative

Par conséquent, pour tous ces motifs, nous sommes d’avis que l’application des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) C. cr. aux personnes déclarées inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux, permanents ou temporaires,

jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

C. *Do Sections 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the Criminal Code Infringe Section 7 of the Charter?*

(1) The Liberty Interest

As stated in *Winko, supra*, at para. 64, the provisions of Part XX.1 Cr. C. permit the state, through a court or Review Board, to deprive the NCR accused of his or her liberty. It is conceded by the respondent in the case at bar that an unfit accused is also deprived of his or her right to liberty under Part XX.1, because he or she is subject to a disposition order by the Review Board that imposes certain conditions on his or her liberty. It is therefore necessary to move to the next stage of the s. 7 analysis to determine whether the deprivation of liberty accords with the principles of fundamental justice.

(2) Principles of Fundamental Justice

The appellant argues that two principles of fundamental justice have been breached: (1) the presumption of innocence and (2) the principle that criminal legislation must not be overbroad.

(a) *Presumption of Innocence*

The appellant contends that Part XX.1 requires the state to treat unfit accused as offenders who have a mental illness, without taking into account that it has not been proved beyond a reasonable doubt that they have committed a criminal offence. The appellant also argues that the presumption of innocence is infringed when permanently unfit accused are subjected to the criminal justice system during an indeterminable period for the sole reason that a *prima facie* case against them exists, one that they will never be able to contest because they are permanently unfit. In sum, the appellant argues that the state cannot subject a permanently unfit accused to the criminal charges for an indeterminate period with only the goal of ensuring public safety, based solely on a *prima*

relève de la compétence législative du Parlement du Canada conférée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C. *Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du Code criminel portent-ils atteinte à l'art. 7 de la Charte?*

(1) Le droit à la liberté

Comme il est précisé dans *Winko, précité*, par. 64, la partie XX.1 C. cr. permet à l'État, par l'entremise d'un tribunal ou d'une commission d'examen, de priver de sa liberté l'accusé criminellement non responsable. L'intimée concède en l'espèce que l'accusé jugé inapte est également privé de son droit à la liberté sous le régime de la partie XX.1 du fait qu'il est soumis à la décision de la commission d'examen d'imposer des conditions à sa liberté. Il est donc nécessaire de passer à l'étape suivante dans l'analyse fondée sur l'art. 7 afin de déterminer si l'atteinte à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

(2) Les principes de justice fondamentale

L'appellant soutient qu'il y a eu atteinte à deux principes de justice fondamentale : (1) la présomption d'innocence et (2) le principe qu'une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale.

a) *La présomption d'innocence*

Selon l'appellant, la partie XX.1 exige que l'État traite les accusés inaptes comme des contrevenants qui ont une déficience mentale sans tenir compte de l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de la perpétration de l'infraction criminelle reprochée. L'appellant prétend également qu'il y a violation de la présomption d'innocence lorsque les accusés dont l'inaptitude est permanente demeurent assujettis au système de justice criminelle pendant une période indéfinie uniquement parce qu'il existe contre eux une preuve *prima facie*, preuve qu'ils ne pourront jamais contester en raison du caractère permanent de leur inaptitude. En bref, il soutient que l'État ne peut contraindre indéfiniment l'accusé dont l'inaptitude est permanente à répondre de l'accusation criminelle dans le seul but d'assurer la

30

31

32

facie case that he or she committed the offence charged.

sécurité du public et uniquement en se fondant sur une preuve *prima facie* de la perpétration de l'infraction reprochée.

33 In our view, the deprivation of the unfit accused's liberty accords with the presumption of innocence as a principle of fundamental justice.

À notre avis, l'atteinte à la liberté de l'accusé inapte ne contrevient pas à la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale.

34 As discussed by this Court in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 685, the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* "does not necessarily require anything in the nature of proof beyond reasonable doubt, because the particular step in the process does not involve a determination of guilt". The Review Board proceedings under ss. 672.54 and 672.81(1) do not involve a determination of guilt or innocence. Nor do they presume that the unfit accused is dangerous. They simply require the Review Board to perform an assessment of the accused and impose the least onerous condition on his or her liberty. The unavailability of an absolute discharge relates to the fact that the accused has not been tried, rather than the presumption that the accused is guilty or dangerous.

Comme l'indique la Cour dans *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 685, la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte* « n'exige pas nécessairement de preuve quelconque hors de tout doute raisonnable, parce que l'étape en cause du processus ne comporte pas de détermination de la culpabilité ». Les instances devant la commission d'examen prévues à l'art. 672.54 et au par. 672.81(1) ne comportent pas de détermination quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il n'est pas non plus présumé que l'accusé inapte est dangereux. Il est simplement exigé que la commission d'examen évalue l'accusé et lui impose la condition la moins privative de liberté. L'impossibilité de bénéficier d'une libération inconditionnelle tient au fait que l'accusé n'a pas subi son procès, plutôt qu'à la présomption de sa culpabilité ou de sa dangerosité.

35 Section 672.33 requires the court only to examine whether or not the Crown is able to put forward sufficient evidence to put the accused on trial. In other words, the Crown must adduce some "evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty": *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at para. 2; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Section 672.33 does not presume guilt, but rather aims at preventing abuses of the regime under Part XX.1 Cr. C. by providing that the accused is acquitted when the evidence presented to the court is insufficient to put him or her on trial.

Selon l'article 672.33, le tribunal doit seulement déterminer si le ministère public est capable de présenter suffisamment d'éléments de preuve pour permettre d'ordonner que l'accusé subisse son procès. En d'autres termes, le ministère public doit présenter des « éléments de preuve au vu desquels un jury [raisonnable], ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. L'article 672.33 ne comporte pas de présomption de culpabilité, mais vise plutôt à prévenir qu'on abuse du régime prévu à la partie XX.1 C. cr. en permettant l'acquiescement de l'accusé lorsque les éléments de preuve présentés au tribunal ne suffisent pas pour ordonner la tenue de son procès.

36 Even though the disposition orders do restrict the unfit person's liberty, they do not aim to punish the

Même si les décisions restreignent la liberté de la personne inapte, elles ne visent pas à la punir. Elles

accused. Nor are they based on a presumption of guilt or innocence. The *prima facie* case against the unfit accused is sufficient to keep him or her under Part XX.1 Cr. C. and is consistent with *Pearson, supra*.

(b) *Overbreadth*

It is a well-established principle of fundamental justice that criminal legislation must not be overbroad: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Winko, supra*; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

The appellant argues that Part XX.1 Cr. C. assumes that persons who are found unfit to stand trial will become fit. He submits that in the event that this Court concludes that the state can restrain the liberty of accused persons unfit to stand trial on account of permanent mental disorders, with the sole goal of protecting the public, these provisions are overbroad. He also argues that the provisions are overbroad because they require the court or the Review Board to restrain the liberty of an unfit accused even in the absence of a conclusion that he or she represents a significant threat to the safety of the public.

Overbreadth in criminal legislation was examined by our Court in *Heywood, supra*, at pp. 792-93:

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. In considering whether a legislative provision is overbroad, a court must ask the question: are those means necessary to achieve the State objective? If the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

In *Winko, supra*, at para. 71, this Court stated that the scheme under s. 672.54 is not overbroad in regards to NCR accused because Parliament has stipulated that unless it is established that the NCR

ne sont pas non plus fondées sur une présomption de culpabilité ou d'innocence. La preuve *prima facie* contre l'accusé inapte suffit pour maintenir son assujettissement à la partie XX.1 C. cr. et est conforme à l'arrêt *Pearson*, précité.

b) *La portée excessive*

Selon un principe de justice fondamentale bien établi, une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Winko*, précité; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

D'après l'appelant, la partie XX.1 C. cr. part du principe que les personnes jugées inaptes à subir leur procès deviendront aptes. Il soutient que, si la Cour, dans le seul but d'assurer la protection du public, conclut que l'État peut restreindre la liberté des accusés jugés inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux permanents, les dispositions concernées sont trop générales. Il prétend également qu'elles ont une portée excessive parce qu'elles exigent que le tribunal ou la commission d'examen restreignent la liberté de l'accusé inapte même s'ils n'ont pas conclu qu'il représente un risque important pour la sécurité du public.

La question de la portée excessive des lois pénales est examinée par la Cour dans *Heywood*, précité, p. 792-793 :

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante : ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

Dans *Winko*, précité, par. 71, la Cour a affirmé que le régime prévu à l'art. 672.54 n'a pas une portée excessive à l'égard de l'accusé criminellement non responsable parce que le législateur a prévu qu'il

37

38

39

40

accused is a significant threat to public safety, he must be discharged absolutely. In cases where a significant threat is established, Parliament has further stipulated that the least onerous and least restrictive disposition of the accused must be selected. This ensures that the NCR accused's liberty is impaired no more than is necessary to protect public safety.

41 The least onerous disposition under s. 672.54(a), absolute discharge, is not available to the accused found unfit to stand trial. This is justified in the case of an unfit accused who does not suffer from a permanent mental disorder, and does not overshoot the goals of Part XX.1, particularly the goal of providing individual assessment and opportunities for appropriate treatment: *Winko, supra*, at para. 43. The purpose of Part XX.1, as a unique scheme that exists within the criminal process, is to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial while preserving his or her maximum liberty and dignity. Part XX.1 is not overbroad in the case of temporarily unfit accused, because the means chosen by Parliament significantly advance the goals of assessment and treatment, which can result in rendering the accused fit for trial and the goal of protecting the public.

42 However, in the case of a permanently unfit accused, a trial is not a possibility; therefore, the objective of rendering the accused fit for trial does not apply. The criminal process will never come to an end because the accused will not become fit for trial. In enacting Part XX.1, Parliament has set up an assessment and treatment system so that the accused can become fit, thus creating a presumption of possibility of recovered capacity to stand trial.

43 Consequently, the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered and there is no evidence of a significant threat

doit être libéré inconditionnellement à moins qu'il ne soit établi qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. En outre, dans le cas où l'existence d'un risque important est prouvée, le législateur a prévu que l'accusé doit bénéficier de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté. Ainsi, la liberté de l'accusé criminellement non responsable n'est pas entravée plus qu'il n'est nécessaire pour protéger la sécurité du public.

L'accusé jugé inapte à subir son procès ne peut bénéficier d'une libération inconditionnelle, qui est la décision la moins sévère prévue à l'al. 672.54a). Cette situation est justifiée dans le cas de l'accusé qui n'est pas atteint d'un trouble mental permanent, et ne va pas au-delà des objectifs de la partie XX.1, particulièrement celui d'assurer une évaluation individuelle et la possibilité de recevoir un traitement approprié : *Winko*, précité, par. 43. L'objet de la partie XX.1, régime unique dans le processus pénal, est de fournir à l'accusé un traitement ou une évaluation continue afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès tout en préservant au maximum sa liberté et sa dignité. La partie XX.1 n'a pas une portée excessive dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est temporaire parce que les moyens choisis par le législateur favorisent nettement la réalisation des objectifs d'évaluation et de traitement, lesquels peuvent rendre l'accusé apte à subir son procès, et de l'objectif d'assurer la protection du public.

Toutefois, dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est permanente, la tenue d'un procès est impossible; par conséquent, l'objectif de le rendre apte à subir son procès ne s'applique pas. Le processus pénal ne pourra jamais prendre fin parce que l'accusé ne deviendra jamais apte à subir son procès. En édictant la partie XX.1, le législateur a mis sur pied un régime d'évaluation et de traitement visant à rendre l'accusé apte à subir son procès, créant ainsi la présomption qu'il est possible d'acquérir l'aptitude à subir un procès.

Par conséquent, lorsque la preuve démontre clairement que l'accusé n'acquerra jamais l'aptitude nécessaire et que rien ne prouve qu'il représente un risque important pour la sécurité du

to public safety, makes the law overbroad because the means chosen are not the least restrictive of the unfit person's liberty and are not necessary to achieve the state's objective. Accordingly, these sections of the law restrict the liberty of permanently unfit accused "for no reason", to use Cory J.'s words in *Heywood, supra*, at p. 793.

(3) The Proper Approach to Section 7

The respondent argues that the impugned provisions do not violate the principles of fundamental justice because they strike an appropriate balance between the interests of society and the accused. It relies on *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 152, where McLachlin J. wrote that "[f]undamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally."

In making this argument, the respondent misconceives the role played by "balancing" in the structure of s. 7 of the *Charter*. It effectively argues that it is a principle of fundamental justice that the correct balance be struck between individual and societal interests. However, as a majority of this Court made clear in the case of *Malmo-Levine, supra*, at para. 97, the "balancing of interests" referred to by McLachlin J. in *Cunningham* is to be taken into consideration by courts only when they are deriving or construing the content and scope of the principles of fundamental justice themselves. It is not in and of itself a freestanding principle of fundamental justice which must be respected if a deprivation of life, liberty and security of the person is to be upheld. This was explained by Gonthier and Binnie JJ. in *Malmo-Levine*, at paras. 96 and 98:

We do not think that these authorities should be taken as suggesting that courts engage in a free-standing inquiry under s. 7 into whether a particular legislative measure "strikes the right balance" between individual and societal interests in general, or that achieving the right balance is itself an overarching principle of fundamental justice. Such a general undertaking to balance individual

public, son assujettissement continu au processus pénal donne au texte législatif une portée excessive parce que les moyens choisis ne sont pas les moins privatifs de liberté à l'égard de la personne inapte et ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif de l'État. Ces dispositions de la loi restreignent donc « sans motif », pour reprendre l'expression du juge Cory dans *Heywood*, précité, p. 793, la liberté de l'accusé dont l'inaptitude est permanente.

(3) La démarche applicable à l'art. 7

Selon l'intimée, les dispositions contestées ne violent pas les principes de justice fondamentale parce qu'elles établissent un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'accusé. Elle s'appuie sur *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 152, dans lequel la juge McLachlin dit que « [l]a justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme. »

En avançant un tel argument, l'intimée se méprend sur le rôle que joue la « pondération » dans la structure de l'art. 7 de la *Charte*. Elle soutient à juste titre que le juste équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société constituent un principe de justice fondamentale. Toutefois, comme les juges majoritaires de la Cour l'indiquent clairement dans *Malmo-Levine*, précité, par. 97, les tribunaux ne doivent tenir compte de la « pondération des droits et intérêts » dont parle la juge McLachlin dans *Cunningham* que lorsqu'ils déduisent ou interprètent le contenu et la portée des principes mêmes de justice fondamentale. Il ne s'agit pas en soi d'un principe de justice fondamentale distinct qui doit être respecté lorsque l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être justifiée. C'est ce qu'expliquent les juges Gonthier et Binnie dans *Malmo-Levine*, précité, par. 96 et 98 :

Nous ne croyons pas que ces arrêts indiquent que les tribunaux doivent, en vertu de l'art. 7, se livrer à un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un « juste équilibre » entre les droits de l'individu et les intérêts de la société en général, ou que l'établissement d'un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant. Une telle

44

45

and societal interests, *independent of any identified principle of fundamental justice*, would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7.

The balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, . . . “in arriving at these principles (of fundamental justice), a balancing of the interest of the state and the individual is required” (pp. 592-93. . .). [Italics and underlining in original.]

démarche générale de mise en balance des droits individuels et des intérêts sociétaux, *sans égard à un principe de justice fondamentale déterminé*, intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7.

La pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, [. . .] « pour établir ces principes (de justice fondamentale), il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu » (p. 592-593. . .). [Italiques et soulignement dans l'original.]

46 With respect to a justification analysis under s. 1 of the *Charter*, it was mentioned in *Heywood, supra*, at pp. 802-3 that “[o]verbroad legislation which infringes s. 7 of the *Charter* would appear to be incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.” To the extent that the impugned provisions at issue are overbroad, it impairs individuals’ interests unnecessarily, and therefore has not employed the least restrictive means of achieving Parliament’s objective under the circumstances.

En ce qui concerne l'analyse de la justification au sens de l'article premier de la *Charte*, la Cour mentionne dans *Heywood*, précité, p. 802-803, qu'« [u]n texte législatif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. » Dans la mesure où les dispositions contestées en l'espèce sont d'une portée excessive, elles violent inutilement les droits individuels et ne constituent donc pas le moyen le moins privatif de liberté pour la réalisation de l'objectif de l'État dans les circonstances.

D. *Analysis of the Process and its Shortcomings*

D. *L'analyse du processus et de ses lacunes*

47 Although the court and Review Board have a wide latitude in determining the appropriate conditions to be imposed under s. 672.54 Cr. C., the scope of their authority does not encompass the power to make an order for psychiatric or other treatment of the accused or an order requiring the accused to submit to such treatment, unless the accused consents to the condition and the Review Board or court considers it reasonable and necessary in the interests of the accused: s. 672.55 Cr. C. However, a determination of the least restrictive and onerous disposition compatible with the unfit accused’s current situation under s. 672.54 Cr. C. requires an evaluation of the individual’s dangerousness, among other factors. It is therefore necessary to examine the powers of the court and Review Board under Part XX.1, particularly their ability to order psychiatric evaluations,

Bien que le tribunal et la commission d'examen disposent d'une grande latitude pour déterminer les modalités à imposer dans le cadre de l'art. 672.54 C. cr., leurs pouvoirs ne vont pas jusqu'à comprendre celui de prescrire un traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou d'ordonner qu'il s'y soumette, à moins qu'il s'agisse d'une condition que le tribunal ou la commission d'examen estime raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et que celui-ci y consente (art. 672.55 C. cr.). Toutefois, sous le régime de l'art. 672.54 C. cr., la décision la moins privative de liberté et la moins sévère qui convienne à la situation de l'accusé requiert, entre autres, l'évaluation de la dangerosité de la personne. Il est donc nécessaire d'examiner les pouvoirs que la partie XX.1 confère au tribunal et à la commission d'examen, particulièrement celui

to ensure that the scheme provides for the ongoing assessment of the unfit accused.

(1) Powers and Role of the Review Board

The regime under Part XX.1 is inquisitorial rather than adversarial: *Winko, supra*, at para. 54. The court or Review Board gathers and reviews all available evidence pertaining to the four factors set out in s. 672.54: public protection, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society, and the other needs of the accused (*Winko, supra*, at para. 55).

While a court, under Part XX.1 Cr. C., orders a first psychiatric evaluation and makes an initial determination, the Review Board is in charge of evaluating all the relevant factors on an ongoing basis and making, as best as it can, an assessment of whether the unfit accused poses a significant threat to the safety of the public. However, the Review Board itself lacks the power to order psychiatric evaluations. Such a power, which is necessary to make an accurate assessment of the accused, is especially important as time passes (after the initial evaluation) and the accused is neither undergoing treatment nor detained in a hospital. For the Review Board to properly assess the individual, and to make or recommend an appropriate disposition to fit the given situation of an accused, it must have the authority to order a psychiatric evaluation. As discussed below, its inability to order such evaluations fails to provide for the proper assessment of the permanently unfit accused, which, in our view, results in unfair treatment under Part XX.1.

(2) Powers and Role of the Courts

Unlike the Review Board, the court has the power, under s. 672.11 Cr. C., to order psychiatric evaluations:

672.11 A court having jurisdiction over an accused in respect of an offence may order an assessment of the mental condition of the accused, if it has reasonable

d'ordonner des évaluations psychiatriques, afin que le régime prévoit l'évaluation continue de l'accusé inapte.

(1) Les pouvoirs et le rôle de la commission d'examen

Le régime prévu à la partie XX.1 est de type inquisitoire plutôt que contradictoire : *Winko*, précité, par. 54. Le tribunal ou la commission d'examen réunit et examine tous les éléments de preuve relatifs aux quatre facteurs prévus à l'art. 672.54 : la protection du public, l'état mental de l'accusé, sa réinsertion sociale et ses autres besoins (*Winko*, précité, par. 55).

Même si, sous le régime de la partie XX.1 C. cr., c'est le tribunal qui ordonne une première évaluation psychiatrique et rend la décision initiale, il appartient à la commission d'examen d'analyser de façon continue les facteurs pertinents et d'évaluer le mieux possible si l'accusé inapte représente un risque important pour la sécurité du public. Cependant, la commission d'examen n'a pas elle-même le pouvoir d'ordonner les évaluations psychiatriques. Ce pouvoir, qui est nécessaire pour évaluer correctement l'accusé, revêt une importance particulière au fur et à mesure que passe le temps (après l'évaluation initiale) sans que l'accusé suive de traitement ou soit détenu dans un hôpital. Pour que la commission d'examen évalue correctement l'individu et qu'elle rende la décision ou formule les recommandations qui conviennent à sa situation particulière, elle doit avoir le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique. Comme nous le verrons plus loin, l'impossibilité pour la commission d'ordonner de telles évaluations fait que l'accusé dont l'inaptitude est permanente ne peut être correctement évalué, ce qui, à notre avis, entraîne un traitement injuste sous le régime de la partie XX.1.

(2) Les pouvoirs et le rôle des tribunaux

Contrairement à la commission d'examen, le tribunal a le pouvoir, en vertu de l'art. 672.11 C. cr., d'ordonner des évaluations psychiatriques :

672.11 Le tribunal qui a compétence à l'égard d'un accusé peut rendre une ordonnance portant évaluation de l'état mental de l'accusé s'il a des motifs raisonnables

48

49

50

grounds to believe that such evidence is necessary to determine

(a) whether the accused is unfit to stand trial;

(d) the appropriate disposition to be made, where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder or unfit to stand trial has been rendered in respect of the accused.

51

Under Part XX.1, courts are afforded a certain discretion to order an assessment of the accused's mental condition where they have jurisdiction over the accused. However, this discretion seems limited (1) to making a first disposition under s. 672.54 after a verdict of unfit to stand trial has initially been rendered, and (2) to ordering a proceeding under s. 672.33 Cr. C., according to which no individual declared unfit to stand trial may continue to be subjected to criminal proceedings where the Crown is unable to establish a *prima facie* case against him or her. Section 672.11 does not explicitly grant the court the power to order a psychiatric evaluation for the mandatory review of a disposition under s. 672.81(1). The process under Part XX.1 therefore makes the court's power to order psychiatric evaluations unproductive after the first disposition, because the court does not deal at the same time with sufficiency of evidence and dangerousness.

(3) Application of the Process to Permanently Unfit Accused Who Do Not Present a Significant Threat to Public Safety

52

The entire criminal process in relation to permanently unfit accused rests on psychiatric evaluations, namely assessments of fitness to stand trial and assessments of dangerousness. Psychiatric evaluations are necessary to assess the mental condition of the permanently unfit accused in order to impose the least restrictive conditions, if any, on his or her liberty. The inability of courts and Review Boards to order an assessment of the accused after the initial evaluation makes it impossible to ensure that the disposition under s. 672.54 or any review pursuant

de croire qu'une preuve concernant son état mental est nécessaire pour :

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

d) dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, déterminer la décision qui devrait être prise.

Sous le régime de la partie XX.1, les tribunaux disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire qui leur permet d'ordonner une évaluation de l'état mental de l'accusé lorsqu'ils ont compétence à son égard. Toutefois, ce pouvoir semble se limiter (1) à rendre la première décision dans le cadre de l'art. 672.54 après le prononcé initial du verdict d'inaptitude et (2) à ordonner la procédure prévue à l'art. 672.33 C. cr., selon lequel nulle personne déclarée inapte à subir son procès ne peut continuer d'être assujettie à des procédures criminelles si le ministre public ne peut établir contre elle une preuve *prima facie*. L'article 672.11 ne confère pas expressément au tribunal le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique dans le cadre de la révision obligatoire prévue au par. 672.81(1). Le processus établi à la partie XX.1 rend donc le pouvoir du tribunal d'ordonner les évaluations psychiatriques improductif après la première décision parce que le tribunal ne se prononce pas en même temps sur le caractère suffisant de la preuve et sur la dangerosité.

(3) L'application du processus aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public

L'ensemble du processus pénal se rapportant aux accusés dont l'inaptitude est permanente repose sur les évaluations psychiatriques, à savoir les évaluations de leur aptitude à subir leur procès et les évaluations de la dangerosité. Les évaluations psychiatriques sont nécessaires pour apprécier l'état mental de l'accusé dont l'inaptitude est permanente afin que lui soient imposées, s'il y a lieu, les conditions les moins privatives de liberté. L'impossibilité pour les tribunaux et les commissions d'examen d'ordonner une autre évaluation de l'accusé, après

to s. 672.81(1) is tailored to the unfit accused's current circumstances.

A permanently unfit accused will never become fit, nor will he or she ever be tried. Such individuals will be subject to anxiety, concern and stigma because of the criminal proceedings that hang over them indefinitely.

The respondent submits that there is a way of putting a stop to the proceedings, namely its discretion to withdraw the charges against the accused notwithstanding the existence of a *prima facie* case, a power within the prerogative of the Crown. Although this Court has recognized the importance of prosecutorial discretion (see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65), the constitutional validity of the impugned scheme in this case cannot depend on such discretion.

In our view, Part XX.1 Cr. C. fails to deal fairly with the permanently unfit accused who are not a significant threat to public safety. Society's interest in bringing accused persons to trial cannot be accomplished, nor can society's interest in treating the accused fairly. The regime fails to provide for an end to the prosecution. Permanently unfit accused are subject to indefinite conditions on their liberty, of varying degrees of restrictiveness, resulting from the disposition orders of the Review Board or the court, who do not even have the power to order a psychiatric assessment in order to adapt a disposition to meet the permanently unfit accused's current circumstances. Thus, the failure of the regime to provide for the permanently unfit accused, combined with the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered, renders the entire scheme under Part XX.1 overbroad as it relates to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public.

l'évaluation initiale, fait qu'il leur est impossible d'adapter la décision visée à l'art. 672.54 ou la révision prévue au par. 672.81(1) à la situation actuelle de l'accusé inapte.

L'accusé dont l'inaptitude est permanente ne deviendra jamais apte à subir son procès et ne sera jamais jugé non plus. Ces personnes souffriront d'anxiété, d'inquiétude et seront stigmatisées à cause des procédures criminelles dont elles peuvent toujours faire l'objet.

L'intimée soutient qu'il existe un moyen de mettre fin aux procédures, soit son pouvoir discrétionnaire de retirer les accusations contre l'accusé malgré l'existence d'une preuve *prima facie*. Ce pouvoir relève de la prérogative de la Couronne. Bien que la Cour ait reconnu l'importance du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65), la constitutionnalité du régime contesté en l'espèce ne saurait dépendre de ce pouvoir discrétionnaire.

Nous estimons que la partie XX.1 C. cr. ne traite pas de manière équitable les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Elle va à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à traduire les accusés en justice et à celui qu'elle a de traiter les accusés d'une manière équitable. Le régime ne prévoit pas la fin des poursuites. La liberté des accusés dont l'inaptitude est permanente est assortie de conditions plus ou moins privatives de liberté pour une période indéfinie, selon les décisions de la commission d'examen ou du tribunal, lesquels n'ont pas même le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique afin d'adapter la décision à la situation actuelle de l'accusé dont l'inaptitude est permanente. Par conséquent, le fait qu'il ne soit pas tenu compte des besoins de l'accusé et que celui-ci demeure assujéti au processus pénal, alors qu'il ressort clairement de la preuve qu'il ne deviendra jamais apte à subir son procès, donne au régime prévu dans la partie XX.1 une portée excessive dans la mesure où il vise l'accusé inapte de façon permanente qui ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

53

54

55

E. *Remedy*

56 Because the impugned provisions are unconstitutional as a violation of s. 7 of the *Charter*, a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is in order, particularly because the main problem here is the overbreadth of the legislation. As outlined in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, there is a range of possible remedies available. The remedy of choice under the circumstances is a declaration of invalidity that is to be suspended for a period of twelve months.

57 It is inappropriate to simply strike down the legislation in this case since doing so would create a lacuna in the regime before Parliament would have a chance to act. In accordance with *Schachter, supra*, a suspended declaration of invalidity is warranted in situations like this one, where striking down the legislation could create a danger to public safety. For similar reasons, Lamer C.J. in *Swain, supra*, at p. 1021, avoided declaring the legislation at issue of no force or effect and suspended the declaration of invalidity:

If, based on the reasons given above, s. 542(2) is simply declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it will mean that as of the date this judgment is released, judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public. Because of the serious consequences of finding s. 542(2) to be of no force and effect, there will be a period of temporary validity which will extend for a period of six months.

58 In addition, the “reading in” remedy of *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, is also not appropriate here because doing so would necessarily include reading in detailed and complicated consequential amendments to the existing legislation, which, as the Court decided in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, is better left to Parliament or the legislatures. Nor is the “reading down” remedy appropriate for similar reasons.

59 Under the circumstances, and recognizing the federal government’s acknowledgement of the

E. *La réparation*

Comme les dispositions contestées sont inconstitutionnelles parce qu’elles violent l’art. 7 de la *Charte*, il convient d’accorder réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* surtout parce que le problème principal en l’espèce est la portée excessive de la loi. Comme il est mentionné dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, tout un éventail de réparations sont possibles. La réparation la plus indiquée dans les circonstances consiste en une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu pour 12 mois.

Il n’est pas opportun en l’espèce de simplement annuler la loi puisque cela créerait une lacune dans le régime avant que le Parlement ait la possibilité de prendre des mesures. Selon l’arrêt *Schachter*, précité, une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu est justifiée dans une situation comme celle-ci où l’annulation de la loi pourrait engendrer un risque pour la sécurité du public. Dans *Swain*, précité, p. 1021, le juge en chef Lamer avait évité, pour des raisons similaires, de déclarer la loi en cause inopérante et avait suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité :

Si, pour les motifs donnés précédemment, le par. 542(2) est simplement déclaré inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s’en suivra qu’à compter de la date du présent jugement, les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public. En raison des conséquences graves d’une telle déclaration, le par. 542(2) jouira d’une période de validité temporaire de six mois.

En outre, le recours à l’« interprétation large » préconisée dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, n’est pas indiqué en l’espèce puisque cela impliquerait nécessairement des modifications corrélatives précises et compliquées aux lois existantes, responsabilité qu’il convient, selon l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, de laisser au Parlement et aux législatures. L’« interprétation atténuée » n’est pas indiquée non plus pour des raisons similaires.

Dans les circonstances et compte tenu du fait que le gouvernement fédéral reconnaît la nécessité de

need to address the situation of permanently unfit accused and its intent to propose amendments to the legislation (see *Response to the 14th Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Review of the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code* (November 2002), at p. 11), we order a declaration of invalidity of the impugned provisions of Part XX.1 Cr. C. as a result of their overbreadth in regard to permanently unfit accused who do not pose a significant threat.

This declaration is suspended for a period of 12 months to allow for Parliament to amend the legislation. Such amendments, as already proposed by Government in November 2002, would allow courts, under s. 672.54 Cr. C. to absolutely discharge a permanently unfit accused either on its own motion or following the recommendation of a Review Board. They would also allow for courts or Review Boards to order psychiatric evaluations if no current evaluations are available to them.

In case, however, Parliament does not amend the legislation within a year, there is a need to consider the issue of whether an individual remedy under s. 24(1) is available in conjunction with the suspended declaration of invalidity pursuant to s. 52. In *Schachter, supra*, at p. 720, Lamer C.J. limited the situations in which courts could grant individual remedies under s. 24(1) in conjunction with s. 52 remedies:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief

remédier à la situation des accusés dont l'inaptitude est permanente et qu'il a l'intention de proposer des modifications législatives (voir *Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne : Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux* (novembre 2002), p. 11), nous déclarons inconstitutionnelles les dispositions contestées de la partie XX.1 C. cr. en raison de leur portée excessive à l'égard des accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important.

L'effet de la présente déclaration est suspendu pour 12 mois afin que le Parlement puisse modifier la loi. Ces modifications, déjà proposées par le gouvernement en novembre 2002, permettraient aux tribunaux d'ordonner en vertu de l'art. 672.54 C. cr., d'office ou sur la recommandation d'une commission d'examen, la libération inconditionnelle des accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Elles habiliteraient également le tribunal ou la commission d'examen à ordonner une évaluation psychiatrique s'ils ne disposent pas d'une évaluation récente.

Toutefois, si le Parlement ne modifie pas la loi d'ici un an, il sera nécessaire d'examiner s'il y a lieu d'accorder réparation en vertu du par. 24(1) en même temps qu'une déclaration d'invalidité suspendue en vertu de l'art. 52. Dans *Schachter*, précité, p. 720, le juge en chef Lamer a limité les cas où les tribunaux peuvent accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) en même temps que des mesures correctrices en vertu de l'art. 52 :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaudrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. Enfin, si un tribunal décide

60

61

flowing from the action that court has already taken. [Emphasis added.]

62

This rule precludes courts from granting a s. 24(1) individual remedy during the period of suspended invalidity. Although this rule has mostly been applied in cases dealing with pecuniary liability (see *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 18; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 43), the policy rationale for this rule is not in our view based solely on financial liability. This was discussed by our Court in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 79:

Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded.

In our view, there is no reason to revisit the wisdom of the *Schachter* rule in the present case. There is no evidence that government acted in bad faith or abused its powers.

63

Although the rule in *Schachter*, *supra*, precludes courts from combining retroactive remedies under s. 24(1) with s. 52 remedies, it does not stop courts from awarding prospective remedies under s. 24(1) in conjunction with s. 52 remedies. Therefore, if Parliament does not amend the invalid legislation within one year, those accused who do not pose a significant threat to the safety of the public can ask for a stay of proceedings as an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter*. This will quash the criminal charge and liberate them from what will

de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l’art. 24 ne ferait probablement qu’accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux. [Nous soulignons.]

Cette règle interdit aux tribunaux d’octroyer une réparation fondée sur le par. 24(1) pendant la période de suspension de la déclaration d’invalidité. Même si cette règle a été principalement appliquée dans des affaires de responsabilité pécuniaire (voir *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 18; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 43), sa raison d’être n’est pas, à notre avis, fondée sur la responsabilité financière. La Cour a analysé la question dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 79 :

Ainsi, l’État et ses représentants sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s’ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l’état du droit, et qu’après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n’est pas engagée. Autrement, l’effectivité et l’efficacité de l’action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et [tout leur] effet tant qu’elles ne sont pas invalidées. Ce n’est donc qu’en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés.

À notre avis, il n’y a aucune raison en l’espèce de réexaminer la sagesse de la règle énoncée dans *Schachter*. Rien n’indique que le gouvernement ait agi de mauvaise foi ou ait abusé de ses pouvoirs.

Même si la règle énoncée dans *Schachter*, précité, interdit aux tribunaux de combiner réparations rétroactives fondées sur le par. 24(1) et réparations fondées sur le par. 52, elle ne les empêche pas d’accorder des réparations prospectives en vertu du par. 24(1) en même temps qu’une réparation fondée sur l’art. 52. Par conséquent, si le Parlement ne modifie pas le texte législatif invalide d’ici un an, les accusés qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public auront alors le droit de demander l’arrêt des procédures

remain of the impugned regime. As recently stated by LeBel J. in *Regan, supra*, at para. 54, citing *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 75, a stay of proceedings is a “drastic” remedy, and is therefore reserved for the cases where a very high threshold is met:

... a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

Thus, a stay should be granted to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public, in order to prevent their indefinite subjection to criminal proceedings. In deciding whether or not to grant a stay, courts will have to consider such factors as the nature of the accusation, the time since the offence, later conduct, initial and current medical evaluations, whether the accused is taking medication required to eliminate the risk, as well as all other relevant information and circumstances of the accused. Also, as mentioned by this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 92, it will also be appropriate at this stage “to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits”. This balancing recognizes that the administration of justice is best served by staying the proceedings where the affront to fairness and decency is disproportionate to the societal interest in the subjection of the accused to criminal proceedings: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667.

à titre de réparation individuelle fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. L’arrêt annulera leur accusation criminelle et les libérera de ce qui restera du régime contesté. Comme l’affirmait tout récemment le juge LeBel dans *Regan*, précité, par. 54, citant *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 75, l’arrêt des procédures étant une réparation « draconienne », elle est réservée aux seuls cas d’abus qui satisfont à un test préliminaire très exigeant :

... l’arrêt des procédures s’avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Il est donc opportun d’accorder l’arrêt des procédures aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public, afin d’éviter qu’ils soient indéfiniment assujettis à des procédures criminelles. Lorsqu’ils décident s’il y a lieu de prononcer l’arrêt des procédures, les tribunaux doivent tenir compte de facteurs tels la nature de l’accusation, le temps écoulé depuis la perpétration de l’infraction, le comportement ultérieur, les évaluations médicales initiales et récentes, le fait que l’accusé prend ou non les médicaments nécessaires pour éliminer le risque, ainsi que tous autres renseignements et facteurs pertinents ayant trait à l’accusé. De plus, comme le mentionne la Cour dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 92, il sera également opportun à cette étape « de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond ». Par cette pondération, le tribunal reconnaît que l’administration de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures lorsque l’atteinte à l’équité et à la décence est disproportionnée par rapport à l’intérêt qu’a la société d’assujettir l’accusé à des procédures criminelles : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667.

F. *Application to Demers*

65

Aside from requesting to have s. 672.54 Cr. C. declared of no force or effect under s. 52, the appellant also requests an immediate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. As noted above, the *Schachter* rule does not preclude our Court from awarding a stay of proceedings under s. 24(1) after the one-year suspension. In order to qualify for the stay of proceedings, Mr. Demers must be found not to present a significant threat to the safety of the public after undergoing a psychiatric evaluation. It must be noted here that the appellant has never been found to pose no threat to public safety on the basis of a psychiatric evaluation; he has not been reevaluated in that respect since the original determination of dangerousness because he has not been institutionalized, nor has he been receiving treatment, two situations which would have provided for new medical evidence of dangerousness that could be considered by the Review Board. Although Mr. Demers has undergone annual hearings pursuant to s. 672.81(1) Cr. C., these proceedings do not provide for psychiatric evaluations of dangerousness.

VI. Disposition

66

For the above reasons, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Superior Court, and declare that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. are overbroad, thus violating the s. 7 rights of permanently unfit accused who do not pose a significant threat to society. Because we find the impugned provisions unconstitutional as violating s. 7 of the *Charter*, it is unnecessary for us to consider the other *Charter* questions posed. The most appropriate remedy in this case is a suspended declaration of invalidity for a period of twelve months. If after twelve months Parliament does not cure the unconstitutionality of the regime, accused who qualify can ask for a stay of proceedings.

F. *Application à la situation de M. Demers*

En plus de sa requête visant à faire déclarer inopérant l'art. 672.54 C. cr. en vertu de l'art. 52, l'appelant demande également qu'une réparation immédiate lui soit accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Comme nous l'avons mentionné, la règle énoncée dans *Schachter* n'empêche pas la Cour de prononcer l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) après une suspension de un an. Pour que M. Demers puisse demander l'arrêt des procédures, il doit être établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public après avoir subi une évaluation psychiatrique. Il convient de souligner ici qu'on n'a jamais jugé que l'appelant ne représentait aucun risque pour la sécurité du public d'après l'évaluation psychiatrique; il n'a jamais été réévalué à cet égard depuis la décision initiale statuant sur sa dangerosité parce qu'il n'a pas été interné et il n'a pas reçu de traitement. Ces deux situations auraient fourni sur sa dangerosité de nouveaux éléments de preuve médicaux qui pourraient être analysés par la commission d'examen. Bien que M. Demers ait subi les audiences annuelles conformément au par. 672.81(1) C. cr., ces procédures ne prévoient pas d'évaluations psychiatriques de la dangerosité.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour supérieure et de déclarer que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) C. cr. ont une portée excessive, violant ainsi les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société. Vu notre conclusion que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles du fait qu'elles contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*, il est inutile d'examiner les autres questions relatives à la *Charte* qui ont été formulées. La réparation qui convient le mieux en l'espèce consiste en une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu pour 12 mois. Si, à l'échéance, le Parlement n'a pas corrigé l'inconstitutionnalité du régime, ces accusés pourront demander l'arrêt des procédures.

We would therefore answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of their right to liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?

Yes.

2. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No. The legislation's overbreadth causes it to fail the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

3. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of the right to be presumed innocent?

It is unnecessary to answer this question.

4. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is unnecessary to answer this question.

5. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Charter* on the ground that they create discrimination against persons with a mental disability who have been found unfit to stand trial?

It is unnecessary to answer this question.

6. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is unnecessary to answer this question.

Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès, et ce, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Oui.

2. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Non. La portée excessive d'un texte législatif fait qu'il ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

3. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la présomption d'innocence les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?

Il est inutile de trancher cette question.

4. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Il est inutile de trancher cette question.

5. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'ils créent de la discrimination à l'endroit des personnes atteintes de déficience mentale qui font l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?

Il est inutile de trancher cette question.

6. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Il est inutile de trancher cette question.

7. Does the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to persons found unfit to stand trial on account of permanent mental disorder overstep the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

No.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

68

This appeal raises some important questions regarding our basic constitutional arrangements, including the relationship between the *Constitution Act, 1867* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with my colleagues' conclusion regarding the breach of s. 7 of the *Charter*, but I disagree with respect to the division of powers issue and wish to leave open the possibility that an individual stay might be available for a violation of s. 11(b) of the *Charter*.

69

In my view, the criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* does not grant Parliament the authority to supervise and detain accused who are permanently unfit to stand trial. Although Parliament is competent to legislate procedures for unfit accused at the outset of proceedings, once a court has determined that the accused is in fact permanently unfit to stand trial, the jurisdiction shifts to the provincial governments under their health power.

70

With respect to the appropriate remedy, I agree that the declaration of invalidity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, should be suspended for 12 months in order to give Parliament and the provinces time to amend their respective mental health legislation. However, I would also order a stay of the proceedings against Mr. Demers within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the breach of his s. 7 rights. Similarly, I would stay proceedings against all permanently unfit accused who do not pose a significant

7. L'application des articles 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux personnes jugées inaptes à subir leur procès en raison d'un trouble mental permanent excède-t-elle les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions au sujet de nos arrangements constitutionnels fondamentaux, dont la relation entre la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme mes collègues, j'estime qu'il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*, mais je ne me range pas à leur opinion sur la question du partage des compétences et je préfère laisser entière la question de savoir si une personne peut obtenir un arrêt des procédures dans le cas d'une violation du droit prévu à l'al. 11b) de la *Charte*.

À mon avis, le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur la procédure en matière criminelle ne lui permet pas de surveiller et de détenir les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Certes, le Parlement a compétence pour légiférer sur les accusés inaptes à l'ouverture des procédures engagées contre eux. Toutefois, dès qu'un tribunal conclut au caractère permanent de l'inaptitude, seuls les gouvernements provinciaux ont compétence en vertu de leur pouvoir en matière de santé.

Pour ce qui est de la réparation indiquée, je conviens que l'effet de la déclaration d'invalidité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, devrait être suspendu pour 12 mois afin de permettre au Parlement et aux provinces de modifier leurs lois respectives sur la santé mentale. Toutefois, j'ordonnerais aussi l'arrêt des procédures contre M. Demers dans les 30 jours sous le régime du par. 24(1) de la *Charte* parce qu'il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7. De même, j'ordonnerais l'arrêt des

threat to public safety within 30 days. This period of time should permit the provincial authorities to seek protective orders under their respective mental health regimes, if necessary. I think it is appropriate that we should revisit our position about the combination of remedies: see, e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

II. Division of Powers

Justices Iacobucci and Bastarache conclude that, with respect to permanently unfit accused, ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* are a valid exercise of Parliament's criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I disagree. The supervision and treatment of permanently unfit accused and the protection of the public from potentially violent permanently unfit accused are matters exclusively within the health jurisdiction of the provinces under ss. 92(7), 92(13), and 92(16).

A. *Historical Scope of the Criminal Law Power*

This appeal raises fundamental questions regarding our constitutional structure, including the proper relationship between the *Constitution Act, 1867* and the *Charter*. Historically, the federal criminal law power and the contingent criminal procedure power have been construed broadly. The classic definition of the scope of the criminal law was provided by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at pp. 49-50, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.) (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*), as a public purpose that can support the prohibition and penalty as being in relation to criminal law:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious

procédures, dans les 30 jours, dans le cas de tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Ce délai devrait permettre aux autorités provinciales d'obtenir, au besoin, des ordonnances préventives en vertu de leur régime de santé mentale respectif. Enfin, j'estime que nous devrions réexaminer notre position au sujet de la combinaison de réparations : voir, p. ex., *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 720.

II. Partage des compétences

Les juges Iacobucci et Bastarache concluent que, en ce qui concerne les accusés dont l'inaptitude est permanente, les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* résultent d'un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de procédure criminelle prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je ne suis pas de cet avis. La surveillance et le traitement des accusés dont l'inaptitude est permanente et la protection du public face à de tels accusés potentiellement violents sont des questions qui relèvent de la compétence exclusive conférée aux provinces en matière de santé par les par. 92(7), (13) et (16).

A. *Portée historique de la compétence en droit criminel*

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales au sujet de notre structure constitutionnelle, notamment à propos de la relation entre la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte*. Traditionnellement, la compétence fédérale en droit criminel et la compétence accessoire en matière de procédure criminelle ont été interprétées d'une façon libérale. Dans l'arrêt *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, p. 49-50, conf. par [1951] A.C. 179 (C.P.) (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*), le juge Rand a énoncé la définition classique de la portée du droit criminel, à savoir un objectif public qui peut justifier une interdiction et une peine de nature pénale :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase

or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law

This wide scope has been consistently affirmed by the Court, as Laskin C.J. remarked in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 625:

The wide scope of the exclusive federal criminal law power has been consistently asserted in the relevant case law in both the Privy Council, when it was Canada's ultimate appellate court, and in this Court.

This expansive interpretation has continued more recently in cases such as *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; see also Professor A. W. MacKay, "The Supreme Court of Canada and Federalism: Does/Should Anyone Care Anymore?" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 241, at pp. 266-79.

clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

L'interdiction est-elle [. . .] promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? La paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . .

Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 625, la Cour a constamment reconnu la portée étendue de ce pouvoir :

La portée étendue de ce pouvoir fédéral exclusif a été constamment reconnue dans les arrêts pertinents du Conseil privé quand il était le tribunal canadien de dernière instance, aussi bien que dans ceux de cette Cour.

Cette interprétation large s'est confirmée plus récemment dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; voir aussi le professeur A. W. MacKay, « The Supreme Court of Canada and Federalism : Does/Should Anyone Care Anymore? » (2001), 80 *R. du B. can.* 241, p. 266-279.

De la même manière, la compétence conférée au Parlement par le par. 91(27) en matière de procédure criminelle a également été interprétée de façon libérale à titre de corollaire du pouvoir législatif plénier en droit criminel. Il est toutefois difficile de donner une définition précise de l'expression « procédure en matière criminelle » :

Il n'est pas nécessaire et il est peut-être impossible de rechercher une définition satisfaisante de la « procédure en matière criminelle ». Même si je rejette l'opinion qui limiterait la procédure criminelle à ce qui se passe dans la salle d'audience lors d'une poursuite, je suis également d'avis que « procédure en matière criminelle » n'est pas synonyme de « justice criminelle » et que l'expression « procédure en matière criminelle » employée dans

73

Similarly, as a corollary of this plenary criminal law power, Parliament's jurisdiction over criminal procedure under s. 91(27) has also been construed broadly. A precise definition of "procedure in criminal matters", however, has been difficult to formulate:

It is not necessary and perhaps impossible, to find a satisfactory definition of "criminal procedure." Although I would reject the view which would confine criminal procedure to that which takes place within the courtroom on a prosecution, I am equally of the opinion that "criminal procedure" is not co-extensive with "criminal justice" or that the phrase "criminal procedure" as used in the *B.N.A. Act* can drain from the words "administration of

justice” in s. 92(14) that which gives those words much of their substance — the element of “criminal justice.”

(*Di Iorio v. Warden of the Common Jail of the City of Montreal*, [1978] 1 S.C.R. 152, at pp. 209-10, quoted with approval by Ritchie J. in *Ritcey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1077, at p. 1085)

Based on the apparent elasticity of the concept, the Court held that the preventative branch of criminal procedure under s. 91(27) gave Parliament jurisdiction over the detention of accused who have been found not criminally responsible (“NCR”): *Swain*, *supra*.

In *Swain*, *supra*, Lamer C.J., for all seven judges on this issue, held that the then insanity provisions of the *Criminal Code* were *intra vires* Parliament. In *Swain*, Lamer C.J. considered s. 542(2) and the surrounding legislative scheme, including ss. 545 and 547. These provisions dealt with persons who had been acquitted by reason of a mental disorder. Lamer C.J. held that the pith and substance of the legislative scheme was not to treat and cure the mentally ill, but the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* (p. 998). In *Swain*, the Court did not consider the question from the perspective of those who were found unfit to stand trial because of mental disorder. Lamer C.J. held that the provisions dealing with the detention of persons who had been acquitted by reason of mental disorder were founded on the “preventative” branch of the criminal procedure power.

In reviewing the existence of the preventative branch of criminal procedure power, Lamer C.J. considered *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. Both cases dealt with the preventative branch in the context of sentencing. While Lamer C.J. held, at p. 1000, that “a conviction is not necessary before Parliament can legislate pursuant to this particular aspect of

l’A.A.N.B. ne retranche pas des mots « l’administration de la justice » au par. (14) de l’art. 92 une partie essentielle de leur signification — l’élément « justice criminelle ».

(*Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, p. 209-210, cité et approuvé par le juge Ritchie dans *Ritcey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1077, p. 1085)

S’appuyant sur l’élasticité apparente de ce concept, la Cour a statué qu’en vertu de l’aspect préventif de la compétence en matière de procédure criminelle prévue au par. 91(27), le Parlement a compétence en ce qui concerne la détention des personnes déclarées criminellement non responsables : *Swain*, précité.

Dans *Swain*, précité, le juge en chef Lamer a conclu, au nom des sept juges saisis de l’affaire, que les dispositions du *Code criminel* relatives à l’aliénation mentale se situaient dans les limites des pouvoirs du Parlement. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a examiné le par. 542(2) ainsi que le cadre législatif dans lequel il s’insérait, y compris les art. 545 et 547. Ces dispositions visaient les personnes qui avaient été acquittées pour cause d’aliénation mentale. Le Juge en chef a statué qu’en raison de son caractère véritable, le régime législatif en cause ne visait pas le traitement et la guérison des malades mentaux, mais la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* (p. 998). Dans *Swain*, la Cour n’a pas étudié la question du point de vue des accusés jugés inaptes à subir leur procès pour cause d’aliénation mentale. Le juge en chef Lamer a statué que les dispositions traitant de la détention des personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale reposaient sur l’aspect « préventif » de la compétence en matière de procédure criminelle.

Dans son analyse de cet aspect préventif, le juge en chef Lamer a examiné *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Ces deux arrêts traitaient de l’aspect préventif dans le contexte de la détermination de la peine. Bien qu’il ait statué qu’« il n’est pas nécessaire qu’il y ait déclaration de culpabilité pour que le Parlement puisse légiférer en vertu de cet aspect particulier du par. 91(27) »

s. 91(27)”, he qualified the scope of the preventative aspect such that it must relate in some way to criminal proceedings (p. 1001). Lamer C.J. concluded that the provisions only apply to those insane individuals who have committed acts (i.e. the *actus reus*) proscribed by the *Criminal Code* (at p. 1001):

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society.

... I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere. [Emphasis added.]

Similarly, McLachlin J. (as she then was) for the majority in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, only considered the criminal procedure power in relation to those who were found not criminally responsible on account of mental disorder, the same group considered in *Swain, supra*. She held, at para. 32, that the provisions relating to the ongoing supervision and control of NCR accused were *intra vires* the preventative branch of the federal criminal procedure power:

Nor is the verdict that a person is NCR a verdict of acquittal. Although people may be relieved of criminal responsibility when they commit offences while suffering from mental disorders, it does not follow that they are entitled to be released absolutely. Parliament may properly use its criminal law power to prevent further criminal conduct and protect society: *Swain*, at p. 1001. By committing acts proscribed by the *Criminal Code*, NCR accused bring themselves within the criminal justice system, raising the question of what, if anything, is required to protect society from recurrences. [Emphasis added.]

(p. 1000), le juge en chef Lamer a restreint la portée de l'aspect préventif en précisant que la mesure prise doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle (p. 1001). Il a alors conclu que les dispositions ne s'appliquent qu'aux aliénés mentaux qui ont commis des actes (c.-à-d. l'*actus reus*) prohibés par le *Code criminel* (p. 1001) :

Étant donné que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne s'appliquent qu'aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d'aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements dangereux prohibés par le *Code criminel* et protéger par conséquent la société.

... j'aimerais souligner qu'en l'espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel. [Je souligne.]

De même, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), au nom des juges majoritaires dans *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, n'a examiné la compétence en matière de procédure criminelle que par rapport aux personnes jugées criminellement non responsables pour cause de troubles mentaux, le même groupe dont il était question dans *Swain*, précité. Elle a statué que les dispositions concernant la surveillance et le contrôle périodiques de l'accusé criminellement non responsable relevaient du pouvoir préventif du fédéral en matière de procédure criminelle (par. 32) :

Le verdict de NRC n'équivaut pas non plus à un verdict d'acquiescement. Bien que la personne qui commet une infraction alors qu'elle souffre de troubles mentaux puisse ne pas être tenue criminellement responsable de ses actes, il ne s'ensuit pas qu'elle a droit à une libération inconditionnelle. Le législateur peut à juste titre exercer sa compétence en droit criminel pour empêcher la perpétuation d'autres actes criminels et protéger la société : *Swain*, à la p. 1001. Parce qu'il a commis un acte prohibé par le *Code criminel*, l'accusé non responsable criminellement ressortit au système de justice pénale. La question se pose dès lors de savoir quelle mesure, s'il en est, est susceptible de protéger la société contre la récidive. [Je souligne.]

The conclusions reached regarding the scope of the criminal procedure power in *Swain* and *Winko* do not apply to accused who are unfit by reason of a mental disorder; they only apply to NCR accused. Unlike NCR accused, the Crown has not proved beyond a reasonable doubt that an accused found unfit to stand trial has committed an offence. Rather, an accused found unfit to stand trial only stands charged with a criminal offence; in order to maintain its hold over the accused under Part XX.1, the Crown need only demonstrate a *prima facie* case. The standard is not an onerous one: the test is whether there is admissible evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could convict (in other contexts see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161).

Because the conclusions in *Swain* and *Winko* only apply to NCR accused, we must consider the reach of s. 91(27) in respect of temporarily and permanently unfit accused with fresh eyes. In my view, the criminal procedure power applies to temporarily but not permanently unfit accused. I will discuss the reasons for my conclusion below.

B. *Certain Fundamental Limits on the Criminal Procedure Power*

When interpreting the scope of the federal criminal procedure power, arid legal formalism should be rejected in favour of an interpretative stance under which the scope of the power is considered in light of the principles underlying the whole of our constitutional structure. This approach is more harmonious with our understanding of the Constitution as a living tree “capable of growth and expansion within its natural limits” (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136, *per* Lord Sankey). This metaphor, which originated in

Les conclusions tirées dans *Swain* et *Winko* au sujet de l'étendue de la compétence en matière de procédure criminelle ne s'appliquent pas aux accusés inaptes pour cause de troubles mentaux, mais ne concernent que les accusés jugés criminellement non responsables. Contrairement au cas de l'accusé jugé criminellement non responsable, le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'un accusé déclaré inapte à subir son procès a commis une infraction. Au contraire, l'accusé inapte est seulement inculpé d'une infraction criminelle. Pour conserver son emprise sur l'accusé en vertu de la partie XX.1, le ministère public n'a qu'à fournir une preuve *prima facie*. La norme n'est pas exigeante : le critère consiste à déterminer s'il existe une preuve admissible qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable de prononcer un verdict de culpabilité (dans d'autres contextes, voir *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 161).

Comme les conclusions dans *Swain* et *Winko* ne s'appliquent qu'aux accusés criminellement non responsables, nous devons jeter un regard neuf sur la portée du par. 91(27) en ce qui concerne les accusés dont l'inaptitude est temporaire ou permanente. J'estime que la compétence en matière de procédure criminelle s'applique à l'accusé dont l'inaptitude est temporaire mais non à celui dont l'inaptitude a un caractère permanent. J'examinerai plus loin les raisons qui m'amènent à cette conclusion.

B. *Certaines limites fondamentales à la compétence en matière de procédure criminelle*

Dans l'analyse de l'étendue de la compétence fédérale en matière de procédure criminelle, il convient de préférer à un formalisme juridique stérile une interprétation qui permette d'examiner l'étendue de cette compétence en tenant compte des principes sur lesquels repose l'ensemble de notre régime constitutionnel. Cette approche s'harmonise mieux avec notre conception de la Constitution comme un arbre [TRADUCTION] « susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles » (*Edwards c. Attorney-General for Canada*,

76

77

78

the context of interpreting the *Constitution Act, 1867*, was later applied to the *Charter*. Dickson J. (as he then was) explained, in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, the need for a Constitution that was capable of growth in order to meet the changing needs of society:

The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts “not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one”.

In light of this need for development, I find that the catalogue or “shopping list” approach to the division of powers under ss. 91 and 92 is a singularly impoverished notion. The view of some is that the *Constitution Act, 1867* and the *Constitution Act, 1982* — particularly the *Charter* — are separate silos, the first logically prior to and distinct from the second. This approach must be rejected. The *Charter* did not repeal or alter the division of powers between Parliament and the provincial legislatures: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 38. On the other hand, the advent of the *Charter* may have impacted on how some of the powers should be interpreted, defined or examined in order to ensure consistency with its values.

[1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, lord Sankey). Cette métaphore, qui trouve son origine dans l’interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a plus tard été appliquée à la *Charte*. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a expliqué qu’il était nécessaire qu’une constitution soit capable d’évoluer pour s’adapter aux nouvelles réalités sociales :

L’interprétation d’une constitution est tout à fait différente de l’interprétation d’une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l’avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l’exercice légitime de l’autorité gouvernementale et, lorsqu’on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d’évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n’ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu’ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu’il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] « de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu’elle ne le devienne ».

Compte tenu de ce besoin d’évolution, je considère qu’il est particulièrement simpliste d’interpréter le partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 comme s’il s’agissait d’une simple nomenclature ou liste. Certains considèrent que la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982* — en particulier, la *Charte* — sont deux sources de compétences, la première étant logiquement antérieure à la deuxième et différente de celle-ci. Une telle interprétation doit être rejetée. La *Charte* n’a ni abrogé ni modifié le partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 38. Par contre, son entrée en vigueur a pu influencer la manière dont certaines de ces compétences devraient être interprétées, définies ou examinées de façon à assurer la cohérence de l’ensemble constitutionnel avec les valeurs qu’elle préconise.

Il convient de considérer que les liens entre les divers éléments de notre Constitution sont de nature

It is proper to view the relationship between the elements of our Constitution as organic in nature.

In particular, the division of powers should be read in light of the principles that animate the whole of our Constitution. These principles have been discussed in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Quebec Secession Reference*”). To those principles which have been previously expounded, I would add that a further principle underlying our constitutional arrangement is respect for human rights and freedoms. As I will explain below, the promulgation of the *Charter* signalled an evolution in our constitutional and political culture.

(1) The Implied Bill of Rights

Looking to the basic constitutional structure in interpreting the Constitution is not new. It was applied by some judges of this Court to find an implied “bill of rights” in the *Constitution Act, 1867*: see, e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, per Duff C.J.; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, per Abbott J.; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, per Beetz J. and Dickson C.J. In *OPSEU*, at p. 57, Beetz J. for the majority held that “quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them”. Professor Bora Laskin (as he then was) was critical of the implied bill of rights notion. He rejected the idea that there were any civil rights limitations on the provincial or federal legislative power; he viewed the idea of an implied bill of rights to be “at variance with the legal doctrine of parliamentary supremacy” (“An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights” (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77, at p. 102).

This view was shared by Professor P. C. Weiler, who also rejected that there were any inherent limits on the exercise of legislative power. He wrote, in

organique. Le partage des compétences devrait notamment être interprété selon les principes qui sous-tendent l’ensemble de notre Constitution. Ces principes ont été examinés dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. J’ajouterais aux principes déjà interprétés un autre principe sous-jacent à notre organisation constitutionnelle : le respect des droits et libertés de la personne. Comme je l’explique plus loin, la promulgation de la *Charte* a marqué le début d’une évolution dans notre culture politique et constitutionnelle.

(1) La déclaration des droits implicite

Examiner la structure constitutionnelle fondamentale pour interpréter la Constitution n’a rien de nouveau. C’est ce qu’ont fait certains juges de la Cour pour conclure à l’existence d’une « déclaration des droits implicite » dans la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, p. ex., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, le juge Beetz et le juge en chef Dickson. Dans *SEFPO*, p. 57, le juge Beetz a affirmé au nom des juges majoritaires que « indépendamment des considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu’ils ne doivent en aucun cas y passer outre ». Le professeur Bora Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) a critiqué la notion de déclaration des droits implicite. Il a rejeté l’idée que le pouvoir législatif provincial ou fédéral puisse être limité par les droits civils; il a estimé que le concept d’une déclaration des droits implicite [TRADUCTION] « allait à l’encontre de la doctrine juridique de la suprématie du Parlement » (« An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights » (1959), 37 *R. du B. can.* 77, p. 102).

Le professeur P. C. Weiler, qui a lui aussi rejeté l’existence de limites inhérentes à l’exercice du pouvoir législatif, partageait ce point de vue. Dans

“The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, that any inferences drawn from the structure of the *British North America Act* (now the *Constitution Act, 1867*) lead to the opposite conclusion based on the principle of parliamentary sovereignty inherited from the United Kingdom (at p. 344):

Those judges and commentators who have tried to spell out constitutional limitations from the preamble, spirit, institutions (ie, parliament), or structure of the BNA Act, face difficulties which seem insuperable to me. These inferences logically lead to the conclusion that there is no power in either provinces or dominion to pass such restrictive legislation, in the face of the long-held assumption . . . that the distribution of legislative authority is exhaustive. . . . Moreover, the evidence from which the inference is to be made — the institution of parliament as mentioned and defined in the act, and as understood at the time — again, if anything, proves the contrary because of the basic principle of parliamentary sovereignty then and still extant in Britain.

« The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, il a écrit que toute inférence faite à partir de la structure de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) mène à la conclusion contraire compte tenu du principe de la souveraineté parlementaire héritée du Royaume-Uni (p. 344) :

[TRADUCTION] Les juges et auteurs qui, s'inspirant du préambule et de l'esprit de l'AANB ou des institutions (c.-à-d. le Parlement) ou structures qu'il prévoit, ont tenté de formuler des restrictions d'ordre constitutionnel se heurtent à des obstacles qui me semblent insurmontables. Ces inférences mènent logiquement à la conclusion que ni les provinces ni le dominion ne sont habilités à promulguer des mesures législatives restrictives compte tenu de la présomption de longue date [. . .] que le partage des compétences législatives est exhaustif [. . .] De plus, la preuve à partir de laquelle les inférences doivent être faites — l'institution qu'est le Parlement tel qu'il était mentionné et défini dans la loi et compris à l'époque — démontre plutôt le contraire en raison du principe fondamental de la souveraineté parlementaire qui existait alors et existe encore aujourd'hui en Grande-Bretagne.

82

Still, the view of Laskin and Weiler was not shared universally. I would rather agree with Professor F. R. Scott, who understood that in importing certain principles found in the United Kingdom, the *Constitution Act, 1867* incorporated principles of civil liberties and human rights embedded in English constitutional history. As he aptly observed, “[t]he theoretical sovereignty of the British Parliament has tended to blind us to the reality of the limitations upon that sovereignty residing in the theory of government these documents proclaim” (*Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), at pp. 14-15). The documents Scott was referring to were the Magna Carta, the Bill of Rights of 1689, the Balfour Declaration of 1926 and the Statute of Westminster of 1931. Of course, today we must also interpret the Constitution in light of its patriation in 1982 and the promulgation of the *Charter*, and it is to this discussion that I now turn.

Le point de vue de Laskin et de Weiler ne faisait toutefois pas l'unanimité. Je serais plutôt de l'avis du professeur F. R. Scott, qui a compris qu'en important certains principes qui prévalaient au Royaume-Uni, le législateur a également incorporé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* les libertés civiles et les droits de la personne enracinés dans l'histoire constitutionnelle anglaise. Comme il l'a pertinemment fait remarquer, [TRADUCTION] « [l]a souveraineté théorique dont jouit le Parlement britannique a eu tendance à nous cacher la réalité des restrictions apportées à cette souveraineté dans le système gouvernemental que proclament ces documents » (*Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), p. 14-15). Les documents auxquels Scott faisait allusion sont la Magna Carta, le Bill of Rights de 1689, la Déclaration Balfour de 1926 et le Statut de Westminster de 1931. Évidemment, aujourd'hui, nous devons interpréter la Constitution en tenant également compte de son rapatriement en 1982 et de la promulgation de la *Charte*, et c'est ce que je vais maintenant examiner.

(2) Beyond the Implied Bill of Rights

In construing the text of the Constitution it is necessary to refer to the principles underlying our constitutional structure. The Court has on more than one occasion explained that the Canadian Constitution comprises not only a written text but also unwritten elements that make up a “global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state” (*Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 874; aff’d in *Quebec Secession Reference*, *supra*, at para. 32). This matrix of values infuses the totality of our constitutional documents. No one part of the Constitution can be read in isolation from another, nor does any one principle of our Constitution trump another: *Quebec Secession Reference*, *supra*, at para. 49. These unwritten elements are aids in the interpretation of the text of our constitutional documents and can fill gaps in the text: *Quebec Secession Reference*, at paras. 53-54. They may also, in certain circumstances, give rise to substantive legal obligations, which themselves are limitations on government and courts: *Quebec Secession Reference*, at para. 54. The Court has identified a number of foundational principles: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, respect for minority rights (*Quebec Secession Reference*, at para. 49), and judicial independence (*Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 83). I would identify a further principle: respect for human rights and freedoms.

In *Quebec Secession Reference*, the Court held that “[b]ehind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles” (para. 49). But to limit Canada’s constitutional story to those elements inherited from Britain would fundamentally misconstrue the nature of our civil society. Our civil society was only in its infancy at Confederation. It has evolved

(2) Au-delà de la déclaration des droits implicite

Pour interpréter le texte de la Constitution, il convient d’examiner les principes qui sous-tendent notre régime constitutionnel. La Cour a expliqué à plus d’une reprise que la Constitution canadienne comporte non seulement un texte écrit mais aussi des éléments non écrits qui forment « 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 » (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 874; conf. dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 32). Cet ensemble de valeurs imprègne la totalité de nos documents constitutionnels. Aucune partie de la Constitution ne peut être interprétée abstraction faite des autres et aucun de ces principes ne peut empêcher l’application d’un autre : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 49. Ces éléments non écrits guident l’interprétation du texte des documents constitutionnels et peuvent combler les vides du texte : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 53-54. Ils peuvent aussi, dans certaines circonstances, donner naissance à des obligations juridiques substantielles qui imposent elles-mêmes des limites au gouvernement et aux tribunaux : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 54. La Cour a précisé certains principes fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, le respect des droits des minorités (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 49), et l’indépendance de la magistrature (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, par. 83). Je formulerais un autre principe : le respect des droits et libertés de la personne.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour dit que « [d]errière l’écrit transparaisent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents » (par. 49). Mais ce serait interpréter erronément la nature de notre société civile que de limiter l’histoire constitutionnelle du Canada à ces éléments hérités de l’Angleterre. Notre société civile n’en était encore qu’à ses premiers

considerably since then. The period between 1948 and 1982 — including the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 — was an interval during which respect for human rights matured. Even leading up the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, eminent scholars recognized that upon those British constitutional foundations we built our own distinctive political and constitutional culture:

The B.N.A. Act provided us with a written constitution of strict law, embedded in a context of constitutional convention and tradition. From that moment the growth of our ideas about civil liberties and human rights took place inside and under that constitution.

(Scott, *supra*, at p. 25)

Professor Scott added that even within the strictures of the *Constitution Act, 1867*, there was considerable discretion to adopt interpretations that protected liberties and human rights. It was not only courts that valued human rights, but also Parliament, the legislatures, and most importantly, Canadian political society. This communal will towards recognizing and entrenching fundamental rights was a gradual evolution, and not a “rights revolution” as some would have it. In my opinion, the promulgation of the *Charter* was marked more by continuity than discontinuity in our political and constitutional culture. The *Charter* is the apotheosis of this evolution. As J. Raz observed, in *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2nd ed. 1980), at pp. 188-89, changes in legal systems reflect the interaction between the basic elements of a community:

Legal systems are always legal systems of complex forms of social life, such as religions, states, regimes, tribes, etc. . . .

The identity of legal systems depends on the identity of the social forms to which they belong. The criterion of identity of legal systems is therefore determined not only by jurisprudential or legal considerations but by other

balbutiements au moment de la Confédération. Elle a évolué considérablement depuis. Entre 1948 et 1982 — y compris l’époque de la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 — l’impératif du respect des droits de la personne s’est développé. Avant même la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, des juristes éminents ont reconnu que nous avons bâti notre propre culture politique et constitutionnelle à partir de ces fondements constitutionnels du droit anglais :

[TRADUCTION] L’A.A.N.B. nous a fourni une constitution écrite de droit strict s’inscrivant dans la tradition et la convention constitutionnelles. Dès ce moment-là, nos conceptions des libertés civiles et des droits de la personne ont évolué dans le cadre de cette constitution.

(Scott, *op. cit.*, p. 25)

Le professeur Scott a ajouté que, malgré les restrictions qu’elle comportait, la *Loi constitutionnelle de 1867* a laissé une latitude considérable. Celle-ci autorise l’adoption d’interprétations de nature à protéger les libertés et les droits de la personne. Ce ne sont pas uniquement les tribunaux qui ont accordé de l’importance aux droits de la personne, mais aussi le Parlement, les législatures et, ce qui importe davantage, la société politique canadienne. Cette volonté commune de reconnaître et de consacrer des droits fondamentaux découle d’une évolution progressive et non d’une « révolution des droits », comme certains le souhaiteraient. À mon avis, la promulgation de la *Charte* a été davantage marquée par la continuité que par une rupture dans notre culture politique et constitutionnelle. La *Charte* représente l’apothéose de cette évolution. Comme l’a fait remarquer J. Raz dans *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System* (2^e éd. 1980), p. 188-189, les changements survenus dans les systèmes juridiques traduisent l’interaction entre les éléments fondamentaux d’une collectivité :

[TRADUCTION] Les systèmes juridiques sont toujours le produit d’organisations sociales complexes, par exemple, religions, États, régimes, tribus . . .

La nature des systèmes juridiques dépend de celle des structures sociales dans lesquelles ils s’inscrivent. Par conséquent, ce ne sont pas uniquement des considérations d’ordre jurisprudentiel ou juridique mais aussi des

considerations as well, considerations belonging to other social sciences.

In 1982 Canada affirmed its own, distinct political culture. That year was marked by the affirmation of independence in its constitutional culture from the United Kingdom as well as an expression of the spirit of human rights in Canada.

Since the promulgation of the *Charter* in 1982, the provisions set out therein have resulted in fructifying contact with the other elements of our Constitution. Thus, the human rights and freedoms expressed in the *Charter*, while they do not formally modify the scope of the powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, do provide a new lens through which those powers should be viewed. In choosing one among several possible interpretations of powers that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of the *Charter* should be adopted.

This type of analysis, sometimes called structural analysis, is not new and is often implicit in our federalism jurisprudence: for a discussion of structural analysis see R. Elliot, "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67; P. Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (1982), at pp. 74-92; and C. L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1983). In order to determine what result in a particular case is dictated by the Constitution, structural analysis looks to the relationships created by the Constitution among various levels and branches of government, and also between the state and the individual: Bobbitt, *supra*, at p. 74. Using structural analysis concurrently with other approaches to constitutional interpretation gives us a truer sense of the Constitution's meaning.

C. Application to This Case

Lamer C.J. in *Swain*, *supra*, held that the preventative aspect of the criminal procedure power

considérations se rattachant aux autres sciences sociales qui permettent de définir la nature d'un système juridique.

En 1982, le Canada a proclamé l'existence d'une culture politique distincte, désormais sienne. Cette année-là a été marquée par l'affirmation de l'indépendance constitutionnelle du Canada à l'égard du Royaume-Uni ainsi que par l'expression de l'esprit des droits de la personne.

Depuis la promulgation de la *Charte* en 1982, les dispositions qu'elle renferme ont coexisté de manière fructueuse avec les autres éléments de notre Constitution. Ainsi, les droits et libertés de la personne énoncés dans la *Charte*, même s'ils n'ont pas entraîné une modification formelle de la portée des compétences prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permettent d'examiner ces compétences sous un nouvel angle. Entre les diverses interprétations possibles des compétences qui touchent les droits de la personne, il convient de choisir celle qui respecte le mieux les impératifs de la *Charte*.

Ce type d'analyse, parfois appelée analyse structurelle, n'est pas nouvelle et est souvent implicite dans les décisions portant sur le fédéralisme : pour un examen de l'analyse structurelle, voir R. Elliot, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67; P. Bobbitt, *Constitutional Fate : Theory of the Constitution* (1982), p. 74-92; et C. L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1983). Pour déterminer quelle serait la solution dictée par la Constitution dans un cas particulier, l'analyse structurelle examine les liens créés par la Constitution entre les divers ordres et organes de gouvernement, et aussi entre l'État et l'individu : Bobbitt, *op. cit.*, p. 74. L'utilisation de l'analyse structurelle de concert avec d'autres méthodes d'interprétation constitutionnelle nous permet de mieux saisir la véritable portée de la Constitution.

C. Application à la présente espèce

Dans *Swain*, précité, le juge en chef Lamer a conclu que l'aspect préventif de la compétence en

85

86

87

must relate in some way to criminal proceedings. Following intervention by the police, an accused typically has his or her initial brush with criminal proceedings when he or she is charged with an offence, and is thereafter firmly within the grasp of the federal criminal procedure power. At any time once proceedings against an accused have been commenced, but prior to a verdict, the court may of its own motion, or on an application by the accused or the prosecution, direct that the fitness of the accused be tried (s. 672.23(1)). Where the verdict is that the accused is unfit to stand trial, proceedings are suspended pending the accused's return to fitness.

matière de procédure criminelle doit être relié de quelque façon à une procédure criminelle. Après l'intervention de la police, le premier contact de l'accusé avec les procédures criminelles se produit habituellement lorsqu'il est inculpé d'une infraction; il est ensuite fermement assujéti à la compétence fédérale en matière de procédure criminelle. À toute étape des procédures contre l'accusé mais avant que le verdict ne soit rendu, le tribunal peut, d'office ou à la demande de l'accusé ou de la poursuite, ordonner que son aptitude à subir son procès soit évaluée (par. 672.23(1)). Devant une conclusion d'inaptitude à subir son procès, les procédures sont suspendues jusqu'à ce qu'il redevienne apte.

88

Like my colleagues, I conclude that the pith and substance of Part XX.1 in relation to accused found unfit to stand trial is the treatment and supervision of these accused as well as the protection of the public while they remain unfit and subject to an outstanding criminal charge. Part XX.1 is predicated on an accused found unfit to stand trial becoming fit for trial. Such accused is subject to the regime only so long as a *prima facie* case exists that he or she committed an offence. Further, the court or Review Board can order treatment of the accused, with the accused's consent (s. 672.55), or the court can order the treatment of the accused without the accused's consent if certain conditions are met (ss. 672.58 to 672.62). The accused found unfit to stand trial is also subject to ongoing supervision by the Review Board (s. 672.81(1)).

Comme mes collègues, j'estime que le caractère véritable de la partie XX.1 concernant les accusés jugés inaptes est leur traitement et leur surveillance ainsi que la protection du public aussi longtemps qu'ils demeurent inaptes et qu'une accusation criminelle reste en suspens. La partie XX.1 repose sur le fait que l'accusé jugé inapte peut devenir apte. Cet accusé n'est assujéti à ce régime que tant qu'il existe une preuve *prima facie* qu'il a commis une infraction. De plus, le tribunal ou la commission d'examen peut ordonner le traitement de l'accusé avec son consentement (art. 672.55) ou sans son consentement sous réserve de certaines modalités (art. 672.58 à 672.62). L'accusé inapte reste d'ailleurs sous la surveillance de la commission d'examen (par. 672.81(1)).

89

Insofar as the aim of Part XX.1 is concerned with the treatment and supervision of a temporarily unfit accused and the protection of the public during the accused's limited period of unfitness, its ultimate aim is to try the accused once he or she becomes fit. In my opinion, this falls squarely within the ambit of the criminal procedure power because it "relate[s] in some way to criminal proceedings" — i.e., the trial: *Swain, supra*, at p. 1001. The continued subjection of an unfit accused to Part XX.1 is justified under the goal of trying him or her for the offence charged. However, where the accused is permanently unfit to stand trial, the overriding goal of

Dans la mesure où la partie XX.1 concerne le traitement et la surveillance d'un accusé dont l'inaptitude est temporaire et la protection du public pendant cette période limitée d'inaptitude, son objectif ultime demeure de traduire l'accusé en justice une fois qu'il devient apte à subir son procès. J'estime que cela relève clairement de la compétence en matière de procédure criminelle parce que cette mesure est « reliée de quelque façon à une procédure criminelle » — c'est-à-dire le procès : *Swain*, précité, p. 1001. L'assujettissement continu d'un accusé inapte à la partie XX.1 est justifié par l'objectif de le traduire en justice pour l'infraction dont il est

Part XX.1 is absent and Parliament loses jurisdiction.

As I discussed above, the scope of the criminal procedure power under s. 91(27) needs to be re-evaluated in light of the evolution in our constitutional culture since the entrenchment of the *Charter*. In choosing one of several possible interpretations of the criminal procedure power that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of human rights and freedoms should be adopted. Under the existing scheme, an accused who is permanently unfit will forever be within the grip of the state's machinery for criminal justice. He or she will always have the weight of a criminal accusation hanging overhead, but the day of judgment is permanently postponed. Meanwhile, without the final adjudication of his or her culpability, a permanently unfit accused is subject to the ongoing control of the state through criminal proceedings set out in Part XX.1. His or her continued detention or conditional liberty cannot be justified by progress towards a trial.

In my opinion, a person cannot be subject to state control and have limits imposed on his or her liberty based on the criminal procedure power absent progress towards the adjudication of his or her legal culpability. This is a fundamental human right. The principle is affirmed in ss. 7 and 11(b) of the *Charter*. In construing the scope of the criminal procedure power, an interpretation at odds with this principle should be eschewed. The continued control over a permanently unfit accused and the resulting protection of the public based on a *prima facie* case do not "relate in some way to criminal proceedings". The continued supervision, detention or conditional liberty of a permanently unfit accused can only relate to the mental health of the individual, and this is considered to be within the provincial jurisdiction under ss. 92(7), 92(13) and 92(16) of the *Constitution*

inculpé. Toutefois, lorsque l'inaptitude de l'accusé est permanente, l'objectif primordial de la partie XX.1 n'existe plus et le Parlement n'a plus compétence.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'étendue de la compétence prévue par le par. 91(27) en matière de procédure criminelle doit toutefois être réévaluée compte tenu de l'évolution de notre culture constitutionnelle depuis la constitutionnalisation de la *Charte*. L'interprétation qui respecte le mieux les impératifs en matière de droits et libertés de la personne doit être choisie parmi toutes les interprétations possibles que peut recevoir la compétence en matière de procédure criminelle touchant les droits de la personne. En vertu du régime existant, l'accusé dont l'inaptitude est permanente reste toujours à la merci du système de justice criminelle. La menace d'accusations criminelles continue de peser sur lui, mais la date du jugement est reportée de façon permanente. Par ailleurs, aucune décision finale n'étant rendue quant à sa culpabilité, l'accusé dont l'inaptitude est permanente reste soumis au contrôle permanent de l'État en raison d'une procédure criminelle prévue dans la partie XX.1. La prolongation de sa détention ou sa mise en liberté conditionnelle ne peuvent être justifiées par les progrès réalisés en vue de la tenue de son procès.

À mon sens, une personne ne peut demeurer assujettie au contrôle de l'État et voir imposer des limites à sa liberté en vertu de la compétence en matière de procédure criminelle sans que des étapes ne soient franchies en vue de la détermination de sa culpabilité en droit. Il s'agit d'un droit fondamental de la personne. Ce principe est confirmé à l'art. 7 et à l'al. 11b) de la *Charte*. L'analyse de l'étendue de la compétence en matière de procédure criminelle doit écarter toute interprétation contraire à ce principe. Le contrôle continu qui est exercé sur un accusé dont l'inaptitude est permanente en vue d'assurer la protection du public parce qu'il existe une preuve *prima facie* contre lui n'est pas « relié de quelque façon à une procédure criminelle ». La surveillance et la détention continues d'un accusé dont l'inaptitude est permanente ou sa mise en liberté conditionnelle peuvent n'être

Act, 1867: see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at pp. 135-36.

reliées qu'à la santé mentale de l'individu, matière qui relève de la compétence des provinces en vertu des par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 135-136.

92

Further, this approach has the salutary effect of respecting and enhancing the permanently unfit accused's human dignity: rather than being stigmatized by criminal proceedings, his or her needs and those of society can be addressed through mental health legislation. Persons with a mental disorder are a historically disadvantaged group and have been, and continue to be, subjected to social prejudice. We should adopt an interpretation of s. 91(27) that does not perpetuate that disadvantage and prejudice. The potential danger a permanently unfit accused may present is more properly attributable to his or her mental illness and is a matter of health and not criminal procedure. The need to protect the community from permanently unfit accused who pose a significant threat to public safety can be answered through the exercise of the provincial health power.

Par ailleurs, cette approche a l'effet salutaire de respecter et de rehausser la dignité humaine de l'accusé dont l'inaptitude est permanente. Au lieu de stigmatiser ce dernier par des poursuites criminelles, il est possible, par l'application de la législation sur la santé mentale, de répondre à ses besoins et à ceux de la société. Les personnes souffrant de troubles mentaux constituent un groupe historiquement défavorisé et ont été, et continuent d'être, l'objet de préjugés sociaux. Nous devrions interpréter le par. 91(27) de manière à ne pas perpétuer ce désavantage et ces préjugés. Le danger potentiel que peut représenter un accusé dont l'inaptitude est permanente est probablement attribuable à la maladie mentale dont il souffre. Il s'agit donc d'une question qui relève du domaine de la santé et non de celui de la procédure criminelle. En conséquence, c'est par l'exercice de la compétence des provinces en matière de santé qu'il convient de répondre au besoin de protection de la communauté face aux accusés inaptes de façon permanente qui présentent un risque important pour la sécurité du public.

93

Consequently, I find that Parliament is not competent under its criminal procedure jurisdiction to legislate for the supervision, treatment, detention or control of permanently unfit accused. Once a court has found that an accused is permanently unfit to stand trial, the criminal procedure jurisdiction is exhausted. Administrative supervision or control is then a matter falling within the jurisdiction of the provincial health power. The present scheme does not provide for a finding of permanent or temporary fitness; it will have to be amended accordingly. On the facts of this case, it is clear that Mr. Demers will never become fit for trial.

Je considère donc que le Parlement n'est pas habilité, en vertu de sa compétence en matière de procédure criminelle, à légiférer relativement à la surveillance, au traitement, à la détention ou au contrôle des accusés dont l'inaptitude est permanente. Dès qu'un tribunal conclut à l'inaptitude permanente d'un accusé à subir son procès, la compétence en matière de procédure criminelle cesse de s'appliquer. La surveillance ou le contrôle administratif devient alors une question qui relève donc de la compétence provinciale en matière de santé. En vertu du régime actuel, il n'y a pas lieu de déterminer si l'inaptitude est permanente ou temporaire; des modifications devront être apportées en conséquence. D'après les faits de l'espèce, il est clair que M. Demers ne sera jamais apte à subir son procès.

III. Section 11(b) of the Charter

It was argued by counsel for Mr. Demers that the impugned provisions violate the defendant's right to trial within a reasonable time contrary to s. 11(b) of the *Charter*. In the case of an accused who is permanently unfit to stand trial by reason of a mental disorder, the accused will never be tried within a reasonable time under s. 11(b). The violation results from the intersection of the legislation with an immutable personal characteristic of the accused. Iacobucci and Bastarache JJ. choose not to address this argument. In my view, their reasons should not be understood as foreclosing an application, on an individual basis, by a permanently unfit accused who has been prejudiced by an unreasonable delay. This application would, I believe, be available to both dangerous and non-dangerous permanently unfit accused, as our jurisprudence has made no distinction between an accused's character or alleged propensity for violence in determining whether s. 11(b) has been violated and whether a stay should issue under s. 24(1): see *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. The same principles should guide courts in the future.

IV. Remedy

Iacobucci and Bastarache JJ. order that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* should be declared invalid, on the limited basis that they violate the s. 7 *Charter* rights of permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety. Although I agree with my colleagues that the impugned sections should be declared invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, I do so primarily on the basis that they are *ultra vires* the federal criminal procedure power insofar as they apply to accused who are permanently unfit to stand trial. I would also order that the declaration be suspended for one year to give the provincial legislatures sufficient time to amend their mental health

III. L'alinéa 11b) de la Charte

L'avocat de M. Demers a soutenu que les dispositions contestées portent atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable qui est conféré au défendeur par l'al. 11b) de la *Charte*. L'accusé dont l'inaptitude à subir son procès est permanente pour cause de troubles mentaux ne pourra jamais être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b). L'atteinte est le résultat de la combinaison de la loi et d'une caractéristique personnelle immuable de l'accusé. Les juges Iacobucci et Bastarache ont décidé de ne pas se prononcer sur cet argument. À mon avis, on ne devrait pas considérer que leurs motifs empêchent un accusé inapte de façon permanente qui a subi un préjudice par suite d'un délai déraisonnable de présenter une demande à titre individuel. Je crois que tant un accusé dangereux qu'un accusé non dangereux dont l'inaptitude est permanente pourraient présenter une telle demande puisque notre jurisprudence ne fait aucune distinction entre le caractère d'un accusé et sa propension présumée à la violence pour déterminer si l'al. 11b) a été violé et si un arrêt des procédures devrait être ordonné en vertu du par. 24(1) : voir *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Ces mêmes principes devraient guider les tribunaux à l'avenir.

IV. La réparation

Les juges Iacobucci et Bastarache ordonnent que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* soient déclarés invalides pour l'unique motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Je conviens avec mes collègues que les dispositions contestées devraient être déclarées invalides en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais essentiellement parce qu'elles excèdent la compétence fédérale en matière de procédure criminelle dans la mesure où elles s'appliquent aux accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. J'ordonnerais également de suspendre l'effet de la

statutes accordingly. Such amendments, in my view, should reflect the principles articulated by the Court in *Winko, supra*, so that a permanently unfit accused's liberty is infringed no more than necessary to protect the public.

déclaration pour un an afin d'accorder suffisamment de temps aux législatures provinciales pour modifier en conséquence leurs lois sur la santé mentale. Ces modifications devront, à mon sens, tenir compte des principes formulés par la Cour dans *Winko, précité*, de manière que l'atteinte au droit à la liberté de l'accusé dont l'inaptitude est permanente ne soit pas plus que nécessaire pour la protection du public.

96

Further, I would grant Mr. Demers a stay of proceedings within 30 days of this judgment pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. This time limit should give the provincial mental health authorities sufficient time to address, under existing mental health legislation, any concerns that Mr. Demers presents a danger to himself or others. I would also order that a stay be granted within 30 days for all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the public. In this respect, this is an appropriate case to combine remedies under ss. 24(1) and 52. This invites us to revisit certain remarks made in *Schachter, supra*, at p. 720, that ss. 24 and 52 remedies should generally not be combined. In my view, slavish adherence to this rule would result in an injustice in this case.

Par ailleurs, j'accorderais à M. Demers un arrêt des procédures dans les 30 jours suivant la présente décision, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Ce délai devrait permettre aux autorités provinciales compétentes en matière de santé mentale d'examiner, eu égard à la loi sur la santé mentale en vigueur, si M. Demers constitue un danger pour lui-même ou pour autrui. J'ordonnerais aussi l'arrêt des procédures, dans les 30 jours, dans le cas de tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Il s'agit d'un cas où il convient de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et l'art. 52. Cela nous incite à réexaminer certaines remarques faites dans *Schachter, précité*, p. 720, à savoir que des réparations fondées sur les art. 24 et 52 ne devraient généralement pas être combinées. À mon avis, le respect servile de cette règle entraînerait une injustice en l'espèce.

A. Combining Sections 52 and 24(1) Remedies

A. Combinaison de réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1)

97

The source of this rule is found in a brief passage written by Lamer C.J. in *Schachter, supra*, at p. 720:

Cette règle trouve sa source dans un bref passage rédigé par le juge en chef Lamer dans *Schachter, précité*, p. 720 :

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaldrait à donner un effet rétroactif à la

in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief flowing from the action that court has already taken.

In *Schachter*, the claimant sought retrospective payment of paternity benefits under s. 24(1) in addition to the declaration of invalidity. This passage in *Schachter* was then applied in subsequent cases: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 18; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 43; and *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at paras. 80-81. Interestingly, those cases all dealt with claims for monetary awards under s. 24(1) of the *Charter*. Despite the concession by Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, at para. 19, and *Mackin*, *supra*, at para. 81, that damages may be obtained in an exceptional case under s. 24(1) in combination with a declaration of invalidity under s. 52, the merits of the general rule in *Schachter* against combining remedies have not been subjected to sustained or critical examination by the Court.

The policy rationales implicit in the rule articulated by Lamer C.J. in *Schachter* are examined by V. Shandal in “Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach*” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175. He observes that they are essentially about limiting the government’s pecuniary liability: “The first justification was the traditional immunity of Parliament and the provincial legislatures from liability for the consequences of legislation they enact. The second was a policy concern of avoiding the imposition of indeterminate liability upon the government” (p. 190). Although these rationales may have some merit where a claimant is bringing an action for damages under s. 24(1), they fail to justify a general prohibition against a retroactive remedy under s. 24(1) in conjunction with s. 52. I do not

déclaration d’invalidité. Enfin, si un tribunal décide de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l’art. 24 ne ferait probablement qu’accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux.

Dans *Schachter*, le demandeur cherchait à obtenir en vertu du par. 24(1) le paiement rétroactif de prestations de paternité en plus d’une déclaration d’invalidité. Ce passage de *Schachter* a été appliqué dans des arrêts ultérieurs : *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 18; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 43; et *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 80-81. Il est intéressant de souligner que, dans chacune de ces affaires, on réclamait le paiement d’une somme d’argent en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Bien que le juge Gonthier ait admis dans *Guimond*, précité, par. 19, et *Mackin*, précité, par. 81, que, dans des circonstances exceptionnelles, des dommages-intérêts peuvent être obtenus en vertu du par. 24(1) en combinaison avec une déclaration d’invalidité fondée sur l’art. 52, le bien-fondé de la règle générale formulée dans *Schachter* à l’encontre de la combinaison des réparations n’a pas fait l’objet d’un examen critique ou soutenu par la Cour.

Les raisons de principe implicites dans la règle formulée par le juge en chef Lamer dans *Schachter* sont examinées par V. Shandal dans « Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach* » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175. L’auteur fait remarquer qu’elles concernent essentiellement la limitation de la responsabilité pécuniaire du gouvernement : [TRADUCTION] « La première justification était l’immunité traditionnelle dont jouissent en matière de responsabilité le Parlement et les législatures provinciales quant aux conséquences des lois qu’ils adoptent. La deuxième était une considération de politique générale, à savoir éviter l’imposition d’une responsabilité indéterminée au gouvernement » (p. 190). Bien que ces raisons puissent avoir une certaine légitimité lorsqu’un demandeur dépose une action en

foreclose the possibility that damages might be appropriate in some cases; however, I direct the following analysis to the present situation in which the claimant is not seeking a monetary remedy.

dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), elles ne peuvent justifier l'interdiction générale d'accorder une réparation rétroactive fondée sur le par. 24(1) et jumelée à une réparation fondée sur l'art. 52. Je n'exclus pas la possibilité que des dommages-intérêts puissent être appropriés dans certains cas; je fais toutefois porter l'analyse sur la présente situation dans laquelle le demandeur ne sollicite pas de réparation pécuniaire.

99

Public law litigation is essentially different from private law. In private law actions, remedies are primarily geared towards compensating a plaintiff for the loss suffered at the hands of a defendant. By contrast, public law actions are about ensuring compliance with the Constitution, in this case, vindicating constitutional rights that have been violated by the state. In doing so, it is typically more than an individual claimant's rights that are being affirmed; the benefit of a successful claim enures to society at large. For when an individual or group successfully obtains a remedy for illegal state action, the constitutional rights and freedoms of all citizens are enhanced.

Les litiges de droit public sont essentiellement différents des litiges de droit privé. Dans les poursuites privées, la réparation a principalement pour objet d'indemniser le demandeur de la perte que lui a fait subir le défendeur. Par contre, les poursuites de droit public visent à assurer le respect de la Constitution, soit en l'espèce, faire valoir les droits garantis par la Constitution auxquels l'État a porté atteinte. Les droits d'un demandeur individuel ne sont pas les seuls à être affirmés; c'est toute la société qui profite de la demande à laquelle il est fait droit. En effet, le succès d'un individu ou groupe qui réussit à obtenir réparation pour un acte illégal de l'État consolide les droits et les libertés constitutionnels de tous les citoyens.

100

Private law litigation typically has the following characteristics: it is a dispute between two unitary interests; it concerns past events; the remedy is dependent on the right because it effectively seeks to compensate a plaintiff for the loss suffered at the hands of a defendant; the impact of a judgment is confined to the parties, though it may alter or affect the development of the law; and the litigation is initiated and controlled by them: A. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281, at pp. 1282-83. Public law litigation differs significantly. As Professor Chayes explains (at p. 1284):

Les litiges de droit privé présentent habituellement les caractéristiques suivantes : il s'agit d'un litige entre deux intérêts simples; il porte sur des événements passés; la réparation est tributaire du droit parce qu'elle vise effectivement à indemniser le demandeur d'une perte que lui a fait subir le défendeur; le jugement ne produit ses effets qu'à l'égard des parties, bien qu'il puisse modifier ou influencer l'évolution du droit; et l'action est engagée et contrôlée par les parties : A. Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281, p. 1282-1283. Les litiges de droit public sont tout à fait différents. Comme l'explique le professeur Chayes (p. 1284) :

The characteristic features of the public law model are very different from those of the traditional model. The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating processes at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding

[TRADUCTION] Les caractéristiques du modèle de droit public sont très différentes de celles du modèle traditionnel. Les parties en présence ne sont pas fixées de manière définitive, elles peuvent changer tout au long du litige. Négociations et médiation peuvent intervenir à toute étape dans le cadre du système contradictoire traditionnel. Le juge joue un rôle déterminant dans

the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders — masters, experts, and oversight personnel . . .

And, most significantly, the effects of a judgment in a public law case reach far beyond the party bringing the claim against the state. The primary focus is often on achieving future compliance with the Constitution, rather than compensating past wrongs.

Nevertheless, public law actions share a necessary commonality with private litigation: an individual or group is seeking to redress a wrong done to them. The larger public dimensions of a constitutional challenge piggyback on the claimant's pursuit of his or her own interests, particularly in criminal law cases. Courts should not lose sight of this symbiosis; they should not forget to provide a remedy to the party who brought the challenge. This is not a reward so much as a vindication of the particularized claim brought by this person in assertion of his or her rights. Corrective justice suggests that the successful applicant has a right to a remedy. There will be occasions where the failure to grant the claimant immediate and concrete relief will result in an ongoing injustice. That is the case here.

Moreover, Lamer C.J.'s statement in *Schachter* is at odds with the general rule of this Court to provide a successful applicant with immediate relief despite a prospective remedy. In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 20, Lamer C.J. held: "In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality: see, e.g., *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117." In *Brydges*, *supra*, the Court held that the police were required under s. 10(b) of the *Charter* to inform a detainee of the existence of legal aid and duty

l'orientation et le déroulement de l'affaire, et il trouve appui non seulement auprès des parties et de leurs avocats, mais aussi auprès d'un large éventail d'autres personnes étrangères à l'affaire — professeurs, experts et observateurs . . .

Et, plus important encore, les effets d'un jugement rendu dans une affaire de droit public ne se font pas sentir uniquement à l'égard de la partie qui a intenté l'action contre l'État. Le principal objectif du litige est souvent d'obtenir le respect futur de la Constitution plutôt qu'une indemnité pour un préjudice passé.

Néanmoins, les poursuites de droit public et les litiges privés présentent nécessairement des caractéristiques communes : un individu ou un groupe d'individus cherche à obtenir réparation pour un préjudice qui lui a été causé. La dimension publique plus importante que comporte une contestation constitutionnelle se greffe à la poursuite par le demandeur de ses propres intérêts, en particulier dans les affaires de droit criminel. Les tribunaux ne devraient pas perdre de vue cette symbiose, en oubliant d'accorder une réparation à la partie à l'origine de la contestation. Il ne s'agit pas tant d'une récompense que de la reconnaissance de la réclamation particulière que fait cette personne pour faire valoir ses droits. Selon le principe de justice réparatrice, le demandeur qui a gain de cause a droit à une réparation. Dans certains cas, l'omission d'accorder au demandeur une réparation immédiate et concrète entraînera une injustice se perpétuant dans le temps. C'est le cas en l'es-
pèce.

Par ailleurs, le commentaire du juge en chef Lamer dans *Schachter* va à l'encontre de la règle générale suivie par la Cour : accorder une réparation immédiate à un demandeur qui obtient gain de cause, malgré l'existence d'une réparation applicable pour l'avenir. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 20, le juge en chef Lamer a conclu : « Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité : voir, par exemple, *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997]

101

102

counsel. It suspended the operation of this rule for 30 days but upheld the trial judge's exclusion of the evidence, under s. 24(2), obtained from the accused in violation of s. 10(b), and restored the acquittal. I recognize that *Brydges, supra*, was not a case where legislation was declared invalid under s. 52, but it demonstrates that the Court will give *Charter* remedies retrospective effect for the applicant.

2 R.C.S. 117 ». Dans *Brydges*, précité, la Cour a statué que les policiers sont tenus par l'al. 10b) de la *Charte* de renseigner la personne détenue sur l'existence de l'aide juridique et des avocats de garde. Elle a suspendu l'application de cette règle pendant 30 jours, mais elle a confirmé la décision du juge du procès d'exclure, en vertu du par. 24(2), les déclarations obtenues de l'accusé en violation de l'al. 10b) et elle a rétabli le verdict d'acquittal. Je reconnais que l'affaire *Brydges*, précitée, n'est pas un cas où la législation a été déclarée invalide en vertu de l'art. 52, mais son résultat montre que la Cour donnera parfois un effet rétroactif aux réparations fondées sur la *Charte* accordées au demandeur.

103

The applicant is typically exempted from the period of delay by having the ruling applied immediately to him or her, usually by ordering a new trial or entering an acquittal under the *Criminal Code*. For example, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, the Court suspended a declaration that the then provisions providing the Crown with 48 standbys during jury empanelling were invalid, but ordered that *Bain's* acquittal be restored immediately. In the case at bar, the appeal comes by way of a final judgment on a *Charter* application from the Superior Court of Quebec; it is not an appeal from the verdict of unfit to stand trial by reason of a mental disorder. To give immediate effect to Mr. Demers' rights, it is necessary to consider combining remedies under ss. 52 and 24(1). Consequently, this is not a situation in which a s. 24 remedy would only duplicate the relief flowing from the s. 52 remedy.

Le demandeur est généralement exempté du délai car la décision s'applique à lui immédiatement, la tenue d'un nouveau procès étant ordonnée ou un verdict d'acquittal étant inscrit en vertu du *Code criminel*. Par exemple, dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, la Cour a suspendu l'application d'une déclaration d'invalidité des dispositions qui prévoyaient que le ministère public disposait de 48 mises à l'écart pendant la formation du jury, mais a ordonné que le verdict d'acquittal de *Bain* soit rétabli sur-le-champ. En l'espèce, le pourvoi a été déposé à l'encontre d'un jugement final rendu par la Cour supérieure du Québec à l'égard d'une demande fondée sur la *Charte*; il ne s'agit pas d'un appel du verdict d'inaptitude à subir son procès pour cause de troubles mentaux. Pour donner un effet immédiat aux droits de M. Demers, il est nécessaire d'envisager la combinaison de réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1). Par conséquent, il ne s'agit pas d'une situation où une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait qu'accorder le même redressement que celui découlant de l'art. 52.

104

The crafting of a remedy is highly contextual and is intimately linked to the nature of the violation and the facts of the particular case. In determining when to combine remedies under ss. 52 and 24(1), the following questions should be considered. First, from the perspective of the public role of the *Charter*, what remedy or remedies would most effectively foster compliance with the *Charter* and deter future infringements without unduly interfering with the effective operation of government and the imple-

L'élaboration d'une réparation est largement tributaire du contexte et étroitement liée à la nature de la violation et des faits en cause. Pour déterminer s'il y a lieu de combiner des réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1), il faut examiner les questions qui suivent. Premièrement, en ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, quelle réparation permettrait le mieux d'inciter au respect de la *Charte* et de décourager les atteintes futures sans entraver indûment le bon

mentation of legitimate public policy? Second, from the perspective of the claimant, what remedy or remedies would most effectively redress the wrong he or she has suffered, putting him or her in the position he or she would have been in had his or her rights not been violated? This will often call for the consideration of the adequacy of a s. 52 remedy standing alone. At this stage, a court may also weigh the deleterious effects of delay to the claimant against the salutary effects of delay to the public. Third, can the courts effectively implement the proposed remedy or remedies? See M. L. Pilkington, "Monetary Redress for Charter Infringement", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 307, at pp. 308-9; and Shandal, *supra*, at pp. 196 ff.

B. *Application to the Case at Bar*

Turning to the constitutional violations before us, I will now apply the test for combining remedies. From the perspective of the public role of the *Charter*, a suspended declaration of invalidity under s. 52 would best serve to ensure future compliance with the *Constitution Act, 1867* by Parliament and also protect the public from the immediate release of potentially dangerous persons. A suspended declaration would permit both Parliament and the provincial legislatures to amend their respective legislation according to the imperatives of the constitutional division of powers.

From the perspective of Mr. Demers, however, a suspended declaration of invalidity would give him no immediate redress. The violation of his liberty interest under s. 7 would continue. In light of the seriousness of the violation, and the fact that the Review Board recently found that [TRANSLATION] "Nothing in the evidence in the record or adduced at the hearing leads to the conclusion that Mr. A. is so dangerous a patient that he must be detained in a hospital", I conclude that a stay should be granted within 30 days. The 30-day period is sufficient to allow the provincial health authorities to make an application under mental health legislation if circumstances have changed and Mr. Demers presents

fonctionnement du gouvernement et la mise en œuvre d'une politique légitime? Deuxièmement, du point de vue du demandeur, quelle réparation permettrait le mieux de corriger le préjudice qu'il a subi, afin de le placer dans la situation où il aurait dû se trouver n'eût été l'atteinte à ses droits? Il faudra souvent à cette fin examiner la suffisance d'une seule réparation fondée sur l'art. 52. À ce stade, le tribunal peut aussi soupeser les effets préjudiciables du délai pour le demandeur et ses effets salutaires pour le public. Troisièmement, les tribunaux peuvent-ils mettre en œuvre efficacement les réparations proposées? Voir M. L. Pilkington, « Monetary Redress for Charter Infringement », dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 307, p. 308-309; et Shandal, *loc. cit.*, p. 196 et suiv.

B. *Application à la présente espèce*

Je vais maintenant appliquer aux atteintes à la Constitution qui nous ont été soumises les critères permettant de combiner des réparations. En ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu fondée sur l'art. 52 permettrait le mieux de garantir le respect futur par le Parlement de la *Loi constitutionnelle de 1867* et également de protéger le public contre la mise en liberté immédiate de personnes potentiellement dangereuses. Une telle déclaration donnerait la possibilité tant au Parlement qu'aux législatures provinciales de modifier leurs lois respectives conformément aux impératifs du partage des compétences prévu par la Constitution.

Du point de vue de M. Demers, toutefois, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu ne lui permettrait pas d'obtenir une réparation immédiate. L'atteinte à son droit à la liberté garanti par l'art. 7 se poursuivrait. Compte tenu de la gravité de l'atteinte et du fait que la commission d'examen a récemment conclu que « Rien dans la preuve au dossier ou celle présentée à l'audience ne permet de conclure que Monsieur A. est un patient dangereux au point d'exiger sa détention à l'hôpital », je conclus qu'un arrêt des procédures devrait être accordé dans les 30 jours. Ce délai est suffisant pour permettre aux autorités provinciales de la santé de présenter une demande fondée sur la loi applicable en

a danger to himself or others owing to his mental state. There is no question in this case that the Court can effectively implement the suspended declaration of invalidity or the stay.

matière de santé mentale si la situation a changé et si M. Demers constitue un danger pour lui-même ou pour autrui en raison de son état mental. Il ne fait aucun doute en l'espèce que la Cour peut mettre en œuvre efficacement l'arrêt des procédures ou la déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu.

107

Finally, all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should benefit from a stay for the violation of their s. 7 rights within 30 days under s. 24(1) of the *Charter*. *Iacobucci and Bastarache JJ.* suspend the availability of a stay for one year on grounds of public safety. There is no sound policy reason, particularly on the basis of safety, to delay a stay for one year for those permanently unfit accused who do not pose a significant danger to society.

Enfin, tous les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente et qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient en vertu du par. 24(1) de la *Charte* bénéficier, dans les 30 jours, d'un arrêt des procédures vu que les droits qui leur sont garantis par l'art. 7 ont été violés. Les juges *Iacobucci et Bastarache*, au nom de la sécurité du public, suspendent pour un an la possibilité de demander l'arrêt des procédures. Il n'existe aucune raison d'intérêt général valable, surtout sur le plan de la sécurité, pour imposer une suspension de un an aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société.

108

Consequently, I would allow the appeal, order that the impugned provisions be declared invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* insofar as they violate the division of powers and the *Charter*, and suspend the declaration for one year. I would also order that Mr. Demers be granted a stay within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the violation of his s. 7 rights. All other permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should be given a stay within 30 days.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de déclarer que les dispositions contestées sont invalides sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans la mesure où elles contreviennent au partage des compétences et à la *Charte*, et de suspendre l'effet de la déclaration pour un an. J'ordonnerais également qu'un arrêt des procédures soit accordé à M. Demers dans les 30 jours en vertu du par. 24(1) de la *Charte* parce qu'il a été porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7. Tous les autres accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient bénéficier d'un arrêt des procédures dans les 30 jours.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Létourneau & Gagné, Québec.

Procureurs de l'appelant : Létourneau & Gagné, Québec.

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

Procureur de l'intimée : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

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

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

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2004 Vol. 2

and Tables

Cited as [2004] 2 S.C.R. { i-xxxv
551-704

4^e cahier, 2004 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2004] 2 R.C.S. { i-xxxv
551-704

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI

CHRISTIAN C.-DESPRÉS
JACQUES GAGNÉ

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

CHANTAL CORBEIL

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2004.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

CONTENTS

| | |
|--------------------------------------|-------|
| Title Page | i |
| List of Judges | ii |
| Errata | iv |
| Motions | v |
| Table of Judgments | ix |
| Table of Cases Cited | xiii |
| Statutes and Regulations Cited | xxvii |
| Authors Cited | xxxii |
| Index | 697 |

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)650

Municipal law — Procedural fairness — Refusal by municipality to amend zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased — Whether municipality required to provide reasons for its decision.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Whether municipality's decision not to amend its zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased infringes freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

Syndicat Northcrest v. Amselem551

Civil rights — Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Exercise of religious freedoms — Orthodox Jews setting up succahs in pursuit of their religious beliefs on balconies of their co-owned property — Syndicate of co-owners requesting removal of succahs because declaration of co-ownership prohibits decorations, alterations and constructions on balconies — Whether freedom of religion infringed by declaration of co-ownership — If so, whether refusal to permit setting up of succahs justified by reliance on right to enjoy property and right to personal security — Whether Orthodox Jewish residents waived their right to freedom of religion by signing declaration of co-ownership — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 3, 6.

Constitutional law — Charter of rights — Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Proper approach for freedom of religion analyses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

SOMMAIRE

| | |
|---------------------------------|-------|
| Page titre | i |
| Liste des juges | iii |
| Errata | iv |
| Requêtes | v |
| Table des jugements | xi |
| Table de la jurisprudence | xiii |
| Lois et règlements cités | xxix |
| Doctrine citée | xxxii |
| Index | 701 |

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)650

Droit municipal — Équité procédurale — Refus d'une municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté — La municipalité a-t-elle l'obligation de motiver sa décision?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté viole-t-il la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

Syndicat Northcrest c. Amselem551

Libertés publiques — Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Exercice de la liberté de religion — Juifs orthodoxes installant des souccahs sur les balcons de l'immeuble où ils sont copropriétaires, afin de se conformer à leurs croyances religieuses — Syndicat de copropriétaires demandant le démantèlement des souccahs parce que la déclaration de copropriété interdit d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions — La déclaration de copropriété porte-t-elle atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, le refus de permettre l'installation de souccahs est-il justifié par l'argument fondé sur le droit à la jouissance des biens et sur le droit à la sûreté de la personne? — Les résidents juifs orthodoxes ont-ils renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 3, 6.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Méthode à adopter pour analyser les questions relatives à la liberté de religion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).



2004 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI

CHRISTIAN C.-DESPRÉS
JACQUES GAGNÉ

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

On the 1st day of July 2004, the Honourable FRANK IACOBUCCI, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 1st day of July 2004, the Honourable LOUISE ARBOUR, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable FRANK IACOBUCCI, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 1^{er} juillet 2004.

L'honorable LOUISE ARBOUR, juge puînée à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 1^{er} juillet 2004.

ERRATA

[2004] 1 S.C.R., p. 336, line 10 of the English version.
Read “2004: February 26” instead of “2004:
February 19”.

[2004] 1 S.C.R., p. 336, line 10 of the French version.
Read “2004 : 26 février” instead of “2004 : 19
février”.

[2004] 1 S.C.R., p. 721, para. 79, line 2 of the English
version. Read “a more onerous evidential threshold”
instead of “a more onerous higher evidential thresh-
old”.

[2004] 1 R.C.S., p. 336, ligne 10 de la version anglaise.
Lire « 2004: February 26 » au lieu de « 2004:
February 19 ».

[2004] 1 R.C.S., p. 336, ligne 10 de la version française.
Lire « 2004 : 26 février » au lieu de « 2004 : 19
février ».

[2004] 1 R.C.S., p. 721, par. 79, ligne 2 de la version
anglaise. Lire « a more onerous evidential thresh-
old » au lieu de « a more onerous higher evidential
threshold ».

MOTIONS — REQUÊTES

(June 1 to July 15, 2004 – 1^{er} juin au 15 juillet 2004)

- Akiwenzie v. The Queen* (F.C.), 30174, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alberta Veterinary Medical Association v. Pequin* (Alta.), 30244, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Autobus Jean Bélanger c. Syndicat du transport de la région du Grand-Portage* (Qué.), 30280, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bennett v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30266, leave to appeal refused, 8.7.04, autorisation d'appel refusée.
- Brandon v. Brandon* (Ont.), 30162, leave to appeal refused with costs, 3.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Callow v. Board of School Trustees of School District 45 (West Vancouver)* (B.C.), 30196, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Photonic Labs c. Simbol Test Systems Inc.* (Qué.), 30291, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Union of Public Employees, Locals 1712, 3009, 2225-05, 2205-06 and 2225-12 v. Ernst & Young Inc.* (Ont.), 30233, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cummings v. Cummings* (Ont.), 30221, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deschênes c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30305, leave to appeal refused, 15.7.04, autorisation d'appel refusée.
- Dikranian c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30243, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.6.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Executive Director of the British Columbia Securities Commission v. Anderson* (B.C.), 30205, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Filewich v. Batchelder* (B.C.), 30277, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fingold v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 30239, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Frazer v. The Queen* (F.C.), 30216, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Froom v. Minister of Justice* (F.C.), 30215, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greater Vancouver Water District v. Graham Industrial Services Ltd.* (B.C.), 30190, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gunning v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30161, leave to appeal granted, 24.6.04, autorisation d'appel accordée.

- Hahn v. The Queen* (F.C.), 30232, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrington v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30268, leave to appeal refused, 8.7.04, autorisation d'appel refusée.
- Hebert v. The Queen* (Alta.), 30251, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ho v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30167, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel refusée.
- ING Canada Inc. v. Aegon Canada Inc.* (Ont.), 30170, leave to appeal refused, 8.7.04, autorisation d'appel refusée.
- J-Sons Inc. v. N. M. Paterson & Sons Ltd.* (Man.), 30201, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johansson v. Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés* (Qué.), 28658, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnston v. College of Physicians and Surgeons of New Brunswick* (N.B.), 30142, leave to appeal refused with costs, 3.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kaulius v. The Queen* (F.C.), 30067, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 24.6.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Kavaratzis v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 30229, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel refusée.
- Kim v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29152, leave to appeal refused, 10.6.04, autorisation d'appel refusée.
- Koks v. HIVO Enterprises Ltd.* (Alta.), 29929, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.J.S. v. Kenora-Patricia Child and Family Services* (Ont.), 30253, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lanham v. Larwill* (B.C.), 30144, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leon's Furniture Ltd. v. 1497777 Ontario Inc.* (Ont.), 30061, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lising v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30240, leave to appeal granted, 24.6.04, autorisation d'appel accordée.
- Macleod v. Macleod* (Alta.), 30052, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morin v. Tourigny* (Qué.), 30250, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Municipalité d'Austin c. Les Dix Capitaines Inc.* (Qué.), 30185, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 30226, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ngambo c. Ministre des Services familiaux et communautaires* (N.-B.), 30126, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel refusée.
- Pires v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 30151, leave to appeal granted, 24.6.04, autorisation d'appel accordée.
- Potash Corporation of Saskatchewan Inc. v. The Queen* (F.C.), 30169, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Prebushewski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.* (Sask.), 30189, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.6.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Procureur général du Canada c. Air Canada* (Qué.), 29660, notice of discontinuance filed, 3.6.04, avis de désistement produit.
- R. v. Attis* (Ont.), 30168, leave to appeal refused with costs, 15.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Canada Trustco Mortgage Co.* (F.C.), 30290, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.6.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Ring Contracting Ltd. v. PCL Constructors Canada Inc.* (B.C.), 30186, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robbins v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 30241, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel refusée.
- Rowel v. Hotel and Restaurant Employees and Bartenders Union, Local 206* (Man.), 30149, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel refusée.
- Sero v. The Queen* (F.C.), 30206, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sokolowska v. Ottawa Police Services* (Ont.), 30198, leave to appeal refused with costs, 3.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Super Kal Construction Inc. v. The Queen* (Qué.), 30262, leave to appeal refused with costs, 10.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tedham v. Tedham* (B.C.), 30118, leave to appeal refused with costs, 24.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vassilantopoulos c. Ville de Montréal* (Qué.), 30249, leave to appeal refused with costs, 3.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Trois-Rivières c. Caumartin* (Qué.), 30225, leave to appeal refused with costs, 3.6.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Webb v. 3584747 Canada Inc.* (Ont.), 30236, leave to appeal refused with costs, 8.7.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yellow Old Woman v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 30019, leave to appeal refused, 24.6.04, autorisation d'appel 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 |
|--|------|---|------|
| 165836 Canada Inc., Banque nationale de Paris (Canada) v. | 45 | D | |
| A | | Demers, R. v. | 489 |
| Amslem, Syndicat Northcrest v. | 551 | F | |
| Application under s. 83.28 of the <i>Criminal Code</i> (Re)..... | 248 | Finney v. Barreau du Québec | 17 |
| Attorney General see also “Canada” or the name of province | | K | |
| B | | Kerr, R. v. | 371 |
| Banque nationale de Paris (Canada) v. 165836 Canada Inc. | 45 | L | |
| Banque nationale de Paris (Canada) v. Mandel | 45 | Lafontaine (Village), Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. | 650 |
| Barreau du Québec, Finney v. | 17 | M | |
| Barreau du Québec, McCulloch-Finney v. | 17 | Mandel, Banque nationale de Paris (Canada) v. ... | 45 |
| Bibaud v. Quebec (Régie de l’assurance maladie)..... | 3 | McCulloch-Finney v. Barreau du Québec..... | 17 |
| Boisvert v. Quebec (Régie de l’assurance maladie)..... | 3 | Minister see also “Canada” or the name of province | |
| British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd. | 74 | O | |
| C | | Office see also “Canada” or the name of province | |
| Canadian Assn. of Internet Providers, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. | 427 | Q | |
| Canadian Forest Products Ltd., British Columbia v. | 74 | Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)..... | 223 |
| Commission see also “Canada” or the name of province | | Quebec (Attorney General), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. | 185 |
| Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village) | 650 | | |

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|---|------|
| Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)..... | 185 | S | |
| Quebec (Human Rights Tribunal), Quebec (Attorney General) v. | 223 | Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers..... | 427 |
| Quebec (Régie de l'assurance maladie), Bibaud v. | 3 | Syndicat Northcrest v. Amselem..... | 551 |
| Quebec (Régie de l'assurance maladie), Boisvert v. | 3 | T | |
| Queen see also "R." | | The Queen see also "R." | |
| R | | U | |
| R. v. Demers..... | 489 | Union see also under abbreviated name | |
| R. v. Kerr..... | 371 | V | |
| R. v. Rémillard..... | 246 | Vancouver Sun (Re)..... | 332 |
| Rémillard, R. v. | 246 | | |

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 |
|--|------|---|------|
| 165836 Canada Inc., Banque nationale de Paris (Canada) c. | 45 | F | |
| A | | Finney c. Barreau du Québec | 17 |
| Amselem, Syndicat Northcrest c. | 551 | K | |
| Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. | 427 | L | |
| B | | La Reine voir aussi « R. » Lafontaine (Village), Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. | 650 |
| Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Canada Inc. | 45 | M | |
| Banque nationale de Paris (Canada) c. Mandel | 45 | Mandel, Banque nationale de Paris (Canada) c. ... | 45 |
| Barreau du Québec, Finney c. | 17 | McCulloch-Finney c. Barreau du Québec | 17 |
| Barreau du Québec, McCulloch-Finney c. | 17 | Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province | |
| Bibaud c. Québec (Régie de l'assurance maladie)..... | 3 | O | |
| Boisvert c. Québec (Régie de l'assurance maladie) | 3 | Office voir aussi « Canada » ou nom de la province | |
| C | | P | |
| Canadian Forest Products Ltd., Colombie-Britannique c. | 74 | Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province | |
| Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd. | 74 | Q | |
| Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province | | Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)..... | 185 |
| Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village) ... | 650 | Québec (Procureur général), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. | 185 |
| D | | | |
| Demande fondée sur l'art. 83.28 du <i>Code criminel</i> (Re)..... | 248 | | |
| Demers, R. c. | 489 | | |

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|--|------|
| Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne) | 223 | Reine voir aussi « R. » | |
| Québec (Régie de l'assurance maladie), Bibaud c. | 3 | Rémillard, R. c. | 246 |
| Québec (Régie de l'assurance maladie), Boisvert c. | 3 | S | |
| Québec (Tribunal des droits de la personne), Québec (Procureur général) c. | 223 | Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet | 427 |
| R | | Syndicat Northcrest c. Amselem | 551 |
| R. c. Demers | 489 | Syndicat voir aussi sous nom abrégé | |
| R. c. Kerr | 371 | V | |
| R. c. Rémillard | 246 | Vancouver Sun (Re) | 332 |

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|------------------|
| 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville) | [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40 | 88, 181 |
| 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town) | [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40 | 88, 181 |
| 1874000 Nova Scotia Ltd. v. Adams | (1997), 146 D.L.R. (4th) 466..... | 125 |
| A | | |
| A & M Records, Inc. v. Napster, Inc. | 239 F.3d 1004 (2001)..... | 478 |
| Adler v. Ontario | [1996] 3 S.C.R. 609 | 532 |
| Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport) | (1990), 68 D.L.R. (4th) 220..... | 123, 211 |
| Air Canada c. Colombie-Britannique | [1989] 1 R.C.S. 1161 | 163 |
| Air Canada v. British Columbia..... | [1989] 1 S.C.R. 1161 | 163 |
| Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario..... | (1995), 24 O.R. (3d) 403 | 167 |
| Allen v. Alberta..... | [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13 | 204 |
| Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago | [1936] A.C. 322 | 346 |
| Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd..... | [1978] 2 S.C.R. 229 | 140 |
| Andros Springs v. World Beauty | [1970] P. 144 | 125 |
| Angus v. Sun Alliance Insurance Co. | [1988] 2 S.C.R. 256 | 278 |
| Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place | [1978] 2 S.C.R. 385 | 125, 154 |
| Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd. | [1990] 2 S.C.R. 209 | 476 |
| Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)..... | [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 | 338, 365, 367 |
| Arcadi v. The King..... | [1932] S.C.R. 158 | 482 |
| Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp. | [1979] 1 S.C.R. 633 | 125 |
| Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique..... | [1994] A.C.F. n° 1540 (QL)..... | 469 |
| Attorney-General for Nova Scotia v. Christian | (1974), 49 D.L.R. (3d) 742..... | 126 |
| Attorney General for Ontario v. Fatehi | [1984] 2 S.C.R. 536 | 110 |
| Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada | [1980] 2 S.C.R. 735 | 656 |
| Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre | [1982] 1 S.C.R. 175 | 345, 358 |
| Attorney General of Quebec v. Lechasseur | [1981] 2 S.C.R. 253 | 507 |
| Aubry v. Éditions Vice-Versa inc. | [1998] 1 S.C.R. 591 | 622, 639 |
| Augustus v. Gosset..... | [1996] 3 S.C.R. 268 | 38 |
| B | | |
| B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto | [1995] 1 S.C.R. 315 | 585, 613, 638 |
| Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) | [1999] 2 R.C.S. 817 | 657, 688 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|---|----------|
| Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) | [1999] 2 S.C.R. 817 | 657, 688 |
| Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture) | [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31 | 510 |
| Barralet v. Attorney General | [1980] 3 All E.R. 918 | 613 |
| Bazley v. Curry | [1999] 2 S.C.R. 534 | 109 |
| Beals v. Saldanha | [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72 | 456, 484 |
| Beauregard c. Sœurs de la charité de Sainte-Marie | [1995] A.Q. n° 440 (QL) | 56 |
| Beauregard v. Canada | [1986] 2 S.C.R. 56 | 287, 318 |
| Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc. | [1996] 2 S.C.R. 345 | 219 |
| Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex | [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42 | 269, 456 |
| Bellingham v. Dhillon | [1973] Q.B. 304 | 125 |
| Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) | [1989] 3 C.F. 16 | 659 |
| Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .. | [1989] 3 F.C. 16 | 659 |
| Bettan c. 146207 Canada Inc. | [1993] R.D.J. 489 | 60 |
| Bhandari c. 129440 Canada Inc. | [1989] R.D.I. 729 | 60 |
| Bilambil-Terranora Pty Ltd. v. Tweed Shire Council | [1980] 1 N.S.W.L.R. 465 | 131 |
| Bishop v. Stevens | [1990] 2 S.C.R. 467 | 463 |
| Blanchard c. Control Data Canada Ltée | [1984] 2 R.C.S. 476 | 215 |
| Blanchard v. Control Data Canada Ltd. | [1984] 2 S.C.R. 476 | 215 |
| Bolduc c. Procureur général du Québec | [1982] 1 R.C.S. 573 | 482 |
| Bolduc v. Attorney General of Quebec | [1982] 1 S.C.R. 573 | 482 |
| Boucher c. Pelletier | [1984] R.D.J. 214 | 13 |
| Boucher v. The Queen | [1955] S.C.R. 16 | 293 |
| Bowman v. Secular Society, Ltd. | [1917] A.C. 406 | 612 |
| Bradburn v. Great Western Rail. Co. | [1874-80] All E.R. 195 | 159 |
| Braintech, Inc. v. Kostiuik | (1999), 171 D.L.R. (4th) 46 | 449 |
| Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada | [1980] 1 R.C.S. 914 | 505 |
| Bray c. Houlachi | [1997] A.Q. n° 3657 (QL) | 60 |
| British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc. | [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77 | 116, 149 |
| British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU | [1999] 3 S.C.R. 3 | 574, 610 |
| British Columbia Securities Commission v. Branch | [1995] 2 S.C.R. 3 | 281 |
| British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights) | [1999] 3 S.C.R. 868 | 574 |
| British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd. | [1912] A.C. 673 | 124, 152 |
| Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd. | [1996] 2 S.C.R. 495 | 193 |
| Browning v. War Office | [1962] 3 All E.R. 1089 | 160 |
| Brunet v. Commission des affaires sociales | [1993] R.J.Q. 443 | 230 |
| C | | |
| C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd. | [1982] 1 Ch. 91 | 476 |
| Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net | [1998] 1 R.C.S. 626 | 455 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--|----------|
| Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc..... | [1997] 1 R.C.S. 748 | 383 |
| Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc..... | [1997] 1 S.C.R. 748 | 383 |
| Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net | [1998] 1 S.C.R. 626 | 455 |
| Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass..... | [1997] 3 S.C.R. 391 | 316, 523 |
| Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass.... | [1997] 3 R.C.S. 391 | 316, 523 |
| Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada..... | (1994), 58 C.P.R. (3d) 190..... | 469 |
| Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General).. | [1996] 3 S.C.R. 480 | 345, 360 |
| Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général) | [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4 | 281, 513 |
| Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General) | [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 | 281, 513 |
| Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent | [1985] 2 R.C.S. 643 | 656 |
| Cardinal v. Director of Kent Institution | [1985] 2 S.C.R. 643 | 656 |
| CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada | [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13 | 449 |
| CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada | [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13 | 449 |
| Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg | [1947] S.C.R. 121 | 125 |
| Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)..... | [1998] A.Q. n° 3250 (QL) | 215 |
| Chandler v. Director of Public Prosecutions | [1962] 3 All E.R. 142..... | 389 |
| Chappell v. Barati | (1982), 30 C.C.L.T. 137..... | 139 |
| Chaput v. Romain | [1955] S.C.R. 834 | 39 |
| Citron v. Zundel | (2002), 41 C.H.R.R. D/274..... | 449 |
| Collège Dawson v. Muzaula | [1999] R.J.D.T. 1041 | 208 |
| Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Com- mission) c. BCGSEU | [1999] 3 R.C.S. 3 | 574, 610 |
| Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)..... | [1999] 3 R.C.S. 868 | 574 |
| Commission des affaires européennes, Décision de la Commission du 8 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'ar- ticle 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE..... | Affaire COMP/C2/38.014 — IFPI « Simul- cast » | 457 |
| Commission of the European Communities, Commission Decision of 8 October 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement..... | Case No. COMP/C2/38.014 — IFPI "Simul- casting" | 457 |
| Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke | [1982] 1 R.C.S. 202 | 597 |
| Compagnie d'assurance Missisquoi c. Bessette | [1999] R.R.A. 823 | 71 |
| Compo Co. v. Blue Crest Music Inc. | [1980] 1 S.C.R. 357 | 463 |
| Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15 ... | [1997] 1 R.C.S. 487 | 215 |
| Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne) | [1996] 3 R.C.S. 854 | 237 |
| Cooper v. Canada (Human Rights Commission) | [1996] 3 S.C.R. 854 | 237 |
| Cooper v. Hobart..... | [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79 | 43 |
| Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard..... | [1954] B.R. 475 | 39 |
| Corporation municipale de la Ville de Gaspé v. Côté..... | [1996] R.D.J. 142..... | 208 |
| Côté v. Sternlieb..... | [1958] S.C.R. 121 | 70 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|--------------------|
| Croft v. Dunphy | [1933] A.C. 156 | 481 |
| Cunningham v. Canada..... | [1993] 2 S.C.R. 143 | 515 |
| Cunningham v. Wheeler | [1994] 1 S.C.R. 359 | 115 |
| D | | |
| Dagenais c. Société Radio-Canada..... | [1994] 3 R.C.S. 835 | 291, 339, 358, 631 |
| Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. | [1994] 3 S.C.R. 835 | 291, 339, 358, 631 |
| Daniels v. White..... | [1968] S.C.R. 517 | 485 |
| Delisle c. Canada (Sous-procureur général) | [1999] 2 R.C.S. 989 | 684 |
| Delisle v. Canada (Deputy Attorney General) | [1999] 2 S.C.R. 989 | 684 |
| Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) | [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 | 338, 365, 367 |
| Denis c. Moreau..... | [1974] C.A. 249 | 70 |
| Desroches v. Québec (Commission des droits de la personne)..... | [1997] R.J.Q. 1540..... | 632 |
| Devine c. Québec (Procureur général)..... | [1988] 2 R.C.S. 790 | 623 |
| Devine v. Quebec (Attorney General) | [1988] 2 S.C.R. 790 | 623 |
| Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal..... | [1978] 1 R.C.S. 152 | 529 |
| Di Iorio v. Warden of the Common Jail of the City of Montreal..... | [1978] 1 S.C.R. 152 | 529 |
| Directeur de la protection de la Jeunesse v. Quenneville | [1998] R.J.Q. 44..... | 39 |
| Doré c. Verdun (Ville)..... | [1997] 2 R.C.S. 862 | 33 |
| Doré v. Verdun (City)..... | [1997] 2 S.C.R. 862 | 33 |
| Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College..... | [1990] 3 S.C.R. 570 | 216 |
| Dow Jones & Co. v. Gutnick | (2002), 194 A.L.R. 433, [2002] HCA 56..... | 449 |
| Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia..... | [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19 | 452 |
| Dunmore c. Ontario (Procureur général)..... | [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94 | 684 |
| Dunmore v. Ontario (Attorney General)..... | [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94 | 684 |
| Dykhuizen v. Saanich (District)..... | (1989), 63 D.L.R. (4th) 211 | 175 |
| E | | |
| Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)..... | [1989] 2 R.C.S. 1326 | 345 |
| Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)..... | [1989] 2 S.C.R. 1326 | 345 |
| Edwards c. Barreau du Haut-Canada..... | [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80 | 43 |
| Edwards v. Attorney-General for Canada..... | [1930] A.C. 124 | 531 |
| Edwards v. Law Society of Upper Canada..... | [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80 | 43 |
| Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada | (1891), 20 S.C.R. 83 | 467 |
| Ell v. Alberta | [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35 | 287, 319 |
| Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith | 494 U.S. 872 (1990) | 638 |
| États-Unis c. Burns | [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7 | 285 |
| États-Unis d'Amérique c. Shephard | [1977] 2 R.C.S. 1067 | 512, 531 |
| F | | |
| Ford c. Québec (Procureur général)..... | [1988] 2 R.C.S. 712 | 347, 620, 642 |
| Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)..... | (2001), 209 D.L.R. (4th) 465..... | 198 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|---------------|
| Ford v. Quebec (Attorney General) | [1988] 2 S.C.R. 712 | 347, 620, 642 |
| Fortin v. Chrétien | [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45 | 13, 21 |
| Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée..... | [1996] 2 R.C.S. 495 | 193 |
| Frazer v. Illinois Department of Employment Security | 489 U.S. 829 (1989) | 579 |
| Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie..... | [1992] 1 R.C.S. 647 | 597 |
| Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co..... | [1992] 1 S.C.R. 647 | 597 |
| Frey v. Fedoruk | [1950] S.C.R. 517 | 405, 415 |
| Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports) | [1992] 1 R.C.S. 3 | 88 |
| Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port)..... | [1992] 1 S.C.R. 3 | 87 |
| Furlong v. Résidence Christophe-Colomb..... | [1995] R.D.J. 162..... | 208 |
| G | | |
| G.T.V. Limousine Inc. c. Service de Limousine Murray Hill Ltée | [1988] R.J.Q. 1615..... | 13 |
| Garland v. Consumers' Gas Co..... | [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25 | 164 |
| Gatineau (Ville) c. Raymond | [1996] A.Q. n° 951 (QL) | 64 |
| Gauthier v. Beaumont | [1998] 2 S.C.R. 3 | 38 |
| Gelber c. 128613 Canada Inc. | [1988] R.D.J. 267..... | 60 |
| Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Al- liance de la fonction publique du Canada, section locale 50057 ... | [1990] 1 R.C.S. 1298 | 207 |
| Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057 | [1990] 1 S.C.R. 1298 | 207 |
| Georgia v. Tennessee Copper Co. | 206 U.S. 230 (1907) | 113 |
| Gersten c. Luxenberg | [1987] R.J.Q. 533..... | 71 |
| Girard c. Gariépy | [1975] C.A. 706 | 64 |
| Glasgow Corp. v. Barclay, Curle & Co. | (1923), 93 L.J.P.C. 1 | 111 |
| Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Com- mission) | [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21 | 270 |
| Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission) | [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21 | 270 |
| Godbout c. Longueuil (Ville)..... | [1997] 3 R.C.S. 844 | 598, 657 |
| Godbout v. Longueuil (City)..... | [1997] 3 S.C.R. 844 | 598, 657 |
| Godfrey v. Demon Internet Ltd. | [1999] 4 All E.R. 342..... | 477 |
| Goldman c. La Reine | [1980] 1 R.C.S. 976 | 452 |
| Goldman v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 976 | 452 |
| Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen | [1956] S.C.R. 303 | 529 |
| Goudie c. Ottawa (Ville)..... | [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14 | 193, 211 |
| Goudie v. Ottawa (City)..... | [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14 | 193, 211 |
| Guimond c. Québec (Procureur général)..... | [1996] 3 R.C.S. 347 | 522, 543 |
| Guimond v. Quebec (Attorney General)..... | [1996] 3 S.C.R. 347 | 522, 543 |
| H | | |
| H.C. 5100/94, Public Committee Against Torture in Israel v. Israel..... | 53(4) P.D. 817 | 261 |
| Haig v. Canada..... | [1993] 2 S.C.R. 995 | 685 |
| Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp. | 392 U.S. 481 (1968) | 170 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--|------------------|
| Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)..... | [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90 | 456 |
| Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)..... | [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90 | 456 |
| Housen v. Nikolaisen | [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33 | 294, 311, 675 |
| Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen | [1957] S.C.R. 403 | 278 |
| Hunt v. T&N plc | [1993] 4 S.C.R. 289 | 456, 484 |
| Hunter v. Southam Inc. | [1984] 2 S.C.R. 145 | 531 |
| Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd. | [1988] 1 All E.R. 541..... | 127, 160 |
| Hydro-Québec c. Tremblay | J.E. 2001-200..... | 215 |
| I | | |
| Illinois Central Railroad Co. v. Illinois..... | 146 U.S. 387 (1892) | 113 |
| In re Glover and Sam Kee..... | (1914), 20 B.C.R. 219..... | 657 |
| Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink | [1982] 2 S.C.R. 145 | 597 |
| J | | |
| Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd..... | (1990), 75 O.R. (2d) 609 | 198, 211 |
| K | | |
| Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique..... | [1980] 1 R.C.S. 1105 | 658 |
| Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia..... | [1980] 1 S.C.R. 1105 | 658 |
| Kansas v. Colorado | 206 U.S. 46 (1907)..... | 113 |
| Karas v. Rowlett..... | [1944] S.C.R. 1 | 125, 155 |
| Kates v. Hall..... | (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322 | 139, 177 |
| Kelliher (Village of) v. Smith | [1931] S.C.R. 672 | 123 |
| Kitakufe v. Oloya..... | [1998] O.J. No. 2537 (QL) | 455 |
| Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)..... | [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31 | 510 |
| Krieger v. Law Society of Alberta | [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65 | 519 |
| Kuchma v. Rural Municipality of Tache..... | [1945] S.C.R. 234 | 657 |
| L | | |
| Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada | [1980] 1 S.C.R. 914 | 505 |
| Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc. | [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51 | 12 |
| La Reine c. Le navire Sun Diamond..... | [1984] 1 C.F. 3 | 109 |
| Latulippe v. Commission scolaire de la Jeune-Lorette..... | [2001] R.J.D.T. 26 | 208 |
| Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young | (2002), 59 O.R. (3d) 214 | 162 |
| Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young | (2003), 65 O.R. (3d) 577 | 163 |
| Lemay v. The King | [1952] 1 S.C.R. 232 | 293 |
| Leroux v. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc..... | [1998] R.J.D.T. 554 | 208 |
| Libman c. La Reine..... | [1985] 2 R.C.S. 178..... | 455 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|---------------------------|
| Libman v. The Queen..... | [1985] 2 S.C.R. 178 | 455 |
| Los Angeles News Service v. Conus Communications Co. | 969 F.Supp. 579 (1997) | 459 |
| M | | |
| M. v. H. | [1999] 2 S.C.R. 3 | 520 |
| MacDonald v. Vapor Canada Ltd..... | [1977] 2 S.C.R. 134 | 509 |
| Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) | [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13 | 44, 288, 318, 522, 543 |
| Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance) | [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13 | 44, 288, 318, 522, 543 |
| Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui | [1980] 1 R.C.S. 602 | 656 |
| Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board | [1980] 1 S.C.R. 602 | 656 |
| Mayville c. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4) | [2001] J.Q. n° 366 (QL)..... | 208 |
| Menear v. Miguna | (1997), 33 O.R. (3d) 223 | 464 |
| Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien- être social) | (1995), 98 F.T.R. 36 | 659 |
| Michaud c. Québec (Procureur général)..... | [1996] 3 R.C.S. 3 | 363 |
| Michaud v. Quebec (Attorney General)..... | [1996] 3 S.C.R. 3 | 363 |
| Missouri v. Illinois | 180 U.S. 208 (1901) | 113 |
| Morgentaler c. La Reine | [1976] 1 R.C.S. 616 | 528 |
| Morgentaler v. The Queen | [1976] 1 S.C.R. 616 | 528 |
| Morguard Investments Ltd. v. De Savoye..... | [1990] 3 S.C.R. 1077 | 454, 482 |
| Morier v. Rivard..... | [1985] 2 S.C.R. 716 | 35 |
| Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. | [1953] 2 S.C.R. 182 | 475 |
| N | | |
| National Football League v. PrimeTime 24 Joint Venture..... | 211 F.3d 10 (2000)..... | 459 |
| National Football League v. TVRadioNow Corp. | 53 USPQ2d 1831 (2000) | 460 |
| New Brunswick v. O'Leary | [1995] 2 S.C.R. 967 | 204 |
| New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co..... | 336 A.2d 750 (1975)..... | 113 |
| New York v. New Jersey | 256 U.S. 296 (1921) | 113 |
| Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)..... | [1996] 2 S.C.R. 3 | 597 |
| Newton v. City of Vancouver | (1932), 46 B.C.R. 67..... | 464 |
| Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police | [1979] 1 S.C.R. 311 | 656 |
| Norfolk v. Roberts..... | (1914), 50 S.C.R. 283 | 657 |
| North Dakota v. Minnesota | 263 U.S. 365 (1923) | 113 |
| Nouveau-Brunswick c. O'Leary | [1995] 2 R.C.S. 967 | 204 |
| Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin | [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54 | 216, 236 |
| Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin | [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54 | 216, 236 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|-----------------------|
| O | | |
| Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W. | [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48 | 522, 543 |
| Ontario c. Canadien Pacifique Ltée | [1995] 2 R.C.S. 1031 | 88, 181 |
| Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke | [1982] 1 S.C.R. 202 | 597 |
| Ontario v. Canadian Pacific Ltd | [1995] 2 S.C.R. 1031 | 88, 181 |
| OPSEU v. Ontario (Attorney General) | [1987] 2 S.C.R. 2 | 510, 533 |
| Orford (Canton) c. Fonds de placement Hamel inc. | [1995] A.Q. n° 2260 (QL) | 674, 688 |
| Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co. | (1982), 36 O.R. (2d) 424 | 126, 164 |
| P | | |
| P. (D.) v. S. (C.) | [1993] 4 S.C.R. 141 | 585, 613 |
| Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 | [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42 | 198, 213, 235, 597 |
| Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 | [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42 | 198, 213, 235, 597 |
| Parry v. Cleaver | [1969] 1 All E.R. 555 | 160 |
| Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada | [1976] 1 S.C.R. 267 | 105 |
| Perka c. La Reine | [1984] 2 R.C.S. 232 | 418 |
| Perka v. The Queen | [1984] 2 S.C.R. 232 | 418 |
| Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray) | [1995] 2 R.C.S. 97 | 274 |
| Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy) | [1995] 2 S.C.R. 97 | 274 |
| Plomberie West Island ltée c. Société de construction des musées du Canada inc. | [1999] A.Q. n° 14 (QL) | 71 |
| Prince Rupert (City) v. Pederson | (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 | 107, 176 |
| Procureur général de l'Ontario c. Fatehi | [1984] 2 R.C.S. 536 | 110 |
| Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre | [1982] 1 R.C.S. 175 | 345, 358 |
| Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada | [1980] 2 R.C.S. 735 | 656 |
| Procureur général du Québec c. Lechasseur | [1981] 2 R.C.S. 253 | 507 |
| Proulx c. Québec (Procureur général) | [2001] 3 R.C.S. 9, 2001 CSC 66 | 293 |
| Proulx v. Quebec (Attorney General) | [2001] 3 S.C.R. 9, 2001 SCC 66 | 293 |
| Prud'homme v. Prud'homme | [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85 | 33, 623, 660 |
| Q | | |
| Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) | [1995] A.C.F. n° 1615 (QL) | 659 |
| Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) | (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 | 659 |
| Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeu- nesse) c. Québec (Procureur général) | [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 | 227, 234, 240 |
| Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeu- nesse) v. Communauté urbaine de Montréal | [2004] 1 S.C.R. 789, 2004 SCC 30 | 33 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|------------------|
| Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec (Attorney General) | [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 | 227, 234, 240 |
| Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand | [1996] 3 R.C.S. 211 | 38 |
| Québec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand | [1996] 3 S.C.R. 211 | 38 |
| Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc. | [1996] R.J.Q. 1821 | 35 |
| Québec (Procureur général) c. Lambert | [2002] R.J.Q. 599 | 609 |

R

| | | |
|---------------------------------------|--|---------------|
| R. v. 974649 Ontario Inc. | [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 | 214 |
| R. v. A | [1990] 1 S.C.R. 992 | 361 |
| R. v. Ali | [1980] 1 S.C.R. 221 | 280 |
| R. v. Askov | [1990] 2 S.C.R. 1199 | 541 |
| R. v. Bain | [1992] 1 S.C.R. 91 | 546 |
| R. v. Beeds | [1972] 6 W.W.R. 44 | 390 |
| R. v. Big M Drug Mart Ltd. | [1985] 1 S.C.R. 295 | 573, 612, 678 |
| R. v. Biron | [1976] 2 S.C.R. 56 | 404 |
| R. v. Brydges | [1990] 1 S.C.R. 190 | 545 |
| R. v. Calder | (1984), 11 C.C.C. (3d) 546 | 385 |
| R. v. Cassidy | [1989] 2 S.C.R. 345 | 384, 409 |
| R. v. Charemski | [1998] 1 S.C.R. 679 | 512 |
| R. v. Chomenko | (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 | 391, 411 |
| R. v. City of Sault Ste. Marie | [1978] 2 S.C.R. 1299 | 408 |
| R. v. Conway | [1989] 1 S.C.R. 1659 | 523 |
| R. v. Dugan | (1974), 21 C.C.C. (2d) 45 | 390 |
| R. v. Edwards Books and Art Ltd. | [1986] 2 S.C.R. 713 | 577, 612, 680 |
| R. v. Esposito | (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 | 304 |
| R. v. Feeney | [1997] 2 S.C.R. 117 | 545 |
| R. v. Felawka | [1993] 4 S.C.R. 199 | 399 |
| R. v. Flack | [1969] 1 C.C.C. 55 | 410 |
| R. v. G. (D.) | (1999), 139 C.C.C. (3d) 191 | 407, 411 |
| R. v. Gladue | [1999] 1 S.C.R. 688 | 270 |
| R. v. Hasselwander | [1993] 2 S.C.R. 398 | 408 |
| R. v. Heywood | [1994] 3 S.C.R. 761 | 513 |
| R. v. Hibbert | [1995] 2 S.C.R. 973 | 385, 417 |
| R. v. Hinchey | [1996] 3 S.C.R. 1128 | 390 |
| R. v. Howell | (1981), 73 Crim. App. Rep. 31 | 405 |
| R. v. Howell | [1982] Q.B. 416 | 416 |
| R. v. Hundal | [1993] 1 S.C.R. 867 | 386 |
| R. v. Hydro-Québec | [1997] 3 S.C.R. 213 | 87, 181, 528 |
| R. v. Jarvis | [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73 | 282 |
| R. v. Jewitt | [1985] 2 S.C.R. 128 | 316 |
| R. v. Jones | [1986] 2 S.C.R. 284 | 578, 617 |
| R. v. Jones | [1994] 2 S.C.R. 229 | 283 |
| R. v. Knudsen | (1970), 1 C.C.C. (2d) 576 | 400 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|---------------------------------------|--------------------|
| R. v. Laws | (1998), 165 D.L.R. (4th) 301..... | 580 |
| R. v. Lefebvre..... | (1984), 15 C.C.C. (3d) 503..... | 404 |
| R. v. Lippé..... | [1991] 2 S.C.R. 114..... | 288 |
| R. v. Lohnes | [1992] 1 S.C.R. 167..... | 390 |
| R. v. Lucas | [1998] 1 S.C.R. 439..... | 270 |
| R. v. Lyons | [1987] 2 S.C.R. 309..... | 529 |
| R. v. Magee | (1923), 40 C.C.C. 10..... | 405, 415 |
| R. v. Malmo-Levine..... | [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74..... | 281, 504 |
| R. v. Mentuck..... | [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76..... | 291, 339, 358 |
| R. v. Mills..... | [1999] 3 S.C.R. 668..... | 597 |
| R. v. Monteleone..... | [1987] 2 S.C.R. 154..... | 531 |
| R. v. Morgentaler..... | [1993] 3 S.C.R. 463..... | 505, 528 |
| R. v. Morin..... | [1992] 1 S.C.R. 771..... | 541 |
| R. v. Morin..... | [1992] 3 S.C.R. 286..... | 382 |
| R. v. Mulligan | (1974), 18 C.C.C. (2d) 270..... | 412 |
| R. v. Nelson..... | (1972), 8 C.C.C. (2d) 29..... | 379, 400, 409, 421 |
| R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society..... | [1992] 2 S.C.R. 606..... | 270, 513 |
| R. v. O'Connor..... | [1995] 4 S.C.R. 411..... | 316 |
| R. v. Oakes | [1986] 1 S.C.R. 103..... | 347 |
| R. v. Pearson | [1992] 3 S.C.R. 665..... | 512 |
| R. v. Pierce Fisheries Ltd..... | [1971] S.C.R. 5..... | 408 |
| R. v. Power..... | [1994] 1 S.C.R. 601..... | 316, 519 |
| R. v. Proverbs..... | (1983), 9 C.C.C. (3d) 249..... | 387 |
| R. v. Rahey..... | [1987] 1 S.C.R. 588..... | 597 |
| R. v. Regan..... | [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12..... | 292, 508 |
| R. v. Registrar General, Ex parte Segerdal..... | [1970] 2 Q.B. 697..... | 612 |
| R. v. Reyat..... | [1991] B.C.J. No. 2006 (QL)..... | 262, 330 |
| R. v. Richard | [1996] 3 S.C.R. 525..... | 597 |
| R. v. S. (R.J.)..... | [1995] 1 S.C.R. 451..... | 281 |
| R. v. S.A.B. | [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60..... | 350, 363 |
| R. v. Scott..... | [1990] 3 S.C.R. 979..... | 314 |
| R. v. Sharpe..... | [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2..... | 269, 485 |
| R. v. Stinchcombe..... | [1991] 3 S.C.R. 326..... | 305 |
| R. v. Sulland..... | (1982), 2 C.C.C. (3d) 68..... | 392, 407 |
| R. v. Swain..... | [1991] 1 S.C.R. 933..... | 502, 528 |
| R. v. Théroux..... | [1993] 2 S.C.R. 5..... | 386 |
| R. v. U. (F.J.)..... | [1995] 3 S.C.R. 764..... | 305 |
| R. v. Vandooren..... | [1969] 4 C.C.C. 217..... | 394, 410 |
| R. v. White | [1999] 2 S.C.R. 417..... | 283 |
| Racette c. Di Salvo | [1995] A.Q. n° 771 (QL)..... | 71 |
| Ratych v. Bloomer..... | [1990] 1 S.C.R. 940..... | 105, 157 |
| Raymond c. McColm..... | [1987] A.Q. n° 82 (QL)..... | 71 |
| Re B.C. Motor Vehicle Act..... | [1985] 2 S.C.R. 486..... | 287 |
| Re Funk and Manitoba Labour Board..... | (1976), 66 D.L.R. (3d) 35..... | 578 |
| Re Howard and City of Toronto..... | [1928] 1 D.L.R. 952..... | 657 |
| Re Regina and Arviv..... | (1985), 51 O.R. (2d) 551..... | 302 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|--------------------|
| Re World Stock Exchange | (2000), 9 A.S.C.S. 658 | 457 |
| Reference re Alberta Statutes..... | [1938] S.C.R. 100 | 533 |
| Reference re Earth Future Lottery | [2003] 1 S.C.R. 123, 2003 SCC 10 | 449 |
| Reference re Firearms Act (Can.) | [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31 | 270, 505, 528 |
| Reference re Newfoundland Continental Shelf | [1984] 1 S.C.R. 86 | 482 |
| Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia | [1967] S.C.R. 792 | 482 |
| Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island..... | [1997] 3 S.C.R. 3 | 287, 318, 533 |
| Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island..... | [1998] 1 S.C.R. 3 | 545 |
| Reference re resolution to amend the Constitution | [1981] 1 S.C.R. 753 | 535 |
| Reference re Secession of Quebec..... | [1998] 2 S.C.R. 217 | 533, 563 |
| Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act | [1949] S.C.R. 1 | 505, 527 |
| Reference Re: Persons of Japanese Race | [1946] S.C.R. 248 | 299 |
| Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commis- sioners | [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14 | 195, 204, 235 |
| Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commis- sioners | [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14 | 195, 204, 235 |
| Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc. | 907 F.Supp. 1361 (1995) | 475 |
| Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B. | [1985] 2 R.C.S. 486 | 288 |
| Renvoi relatif à la Earth Future Lottery | [2003] 1 R.C.S. 123, 2003 CSC 10 | 449 |
| Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.) | [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31 | 270, 505, 528 |
| Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard | [1997] 3 R.C.S. 3 | 287, 318, 533 |
| Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard | [1998] 1 R.C.S. 3 | 545 |
| Renvoi relatif à la sécession du Québec | [1998] 2 R.C.S. 217 | 533, 563 |
| Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve | [1984] 1 R.C.S. 86 | 482 |
| Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution..... | [1981] 1 R.C.S. 753 | 535 |
| Ritcey c. La Reine..... | [1980] 1 R.C.S. 1077 | 529 |
| Ritcey v. The Queen..... | [1980] 1 S.C.R. 1077 | 529 |
| Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) | [1998] 1 S.C.R. 27 | 269 |
| RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)..... | [1995] 3 R.C.S. 199 | 505, 528 |
| RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)..... | [1995] 3 S.C.R. 199 | 505, 528 |
| Roberge v. Bolduc..... | [1991] 1 S.C.R. 374 | 44 |
| Roncarelli v. Duplessis | [1959] S.C.R. 121 | 39, 658 |
| Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick | [1996] 1 R.C.S. 825 | 578, 613, 638, 681 |
| Ross v. New Brunswick School District No. 15 | [1996] 1 S.C.R. 825 | 578, 613, 638, 681 |
| Ruby c. Canada (Solliciteur général)..... | [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75 | 294, 350 |
| Ruby v. Canada (Solicitor General)..... | [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75 | 294, 350 |
| Ryan c. Victoria (Ville)..... | [1999] 1 R.C.S. 201 | 108 |
| Ryan v. Victoria (City)..... | [1999] 1 S.C.R. 201 | 108 |

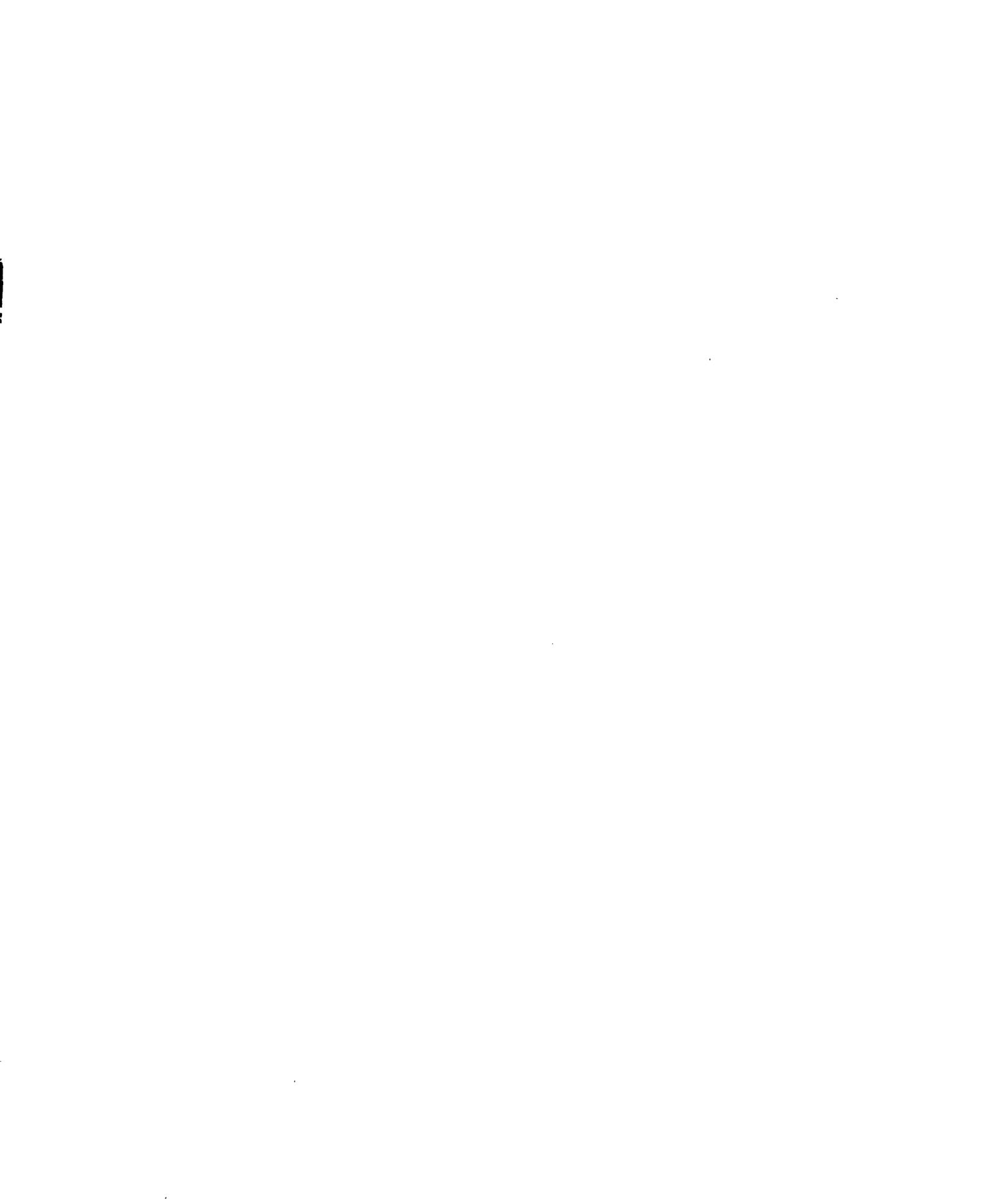
| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOVI | PAGE |
|---|--|----------|
| S | | |
| Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc. | [1992] R.J.Q. 875 | 674 |
| Sansregret c. La Reine | [1985] 1 R.C.S. 570 | 414 |
| Sansregret v. The Queen | [1985] 1 S.C.R. 570 | 414 |
| Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd. | (1979), 9 M.P.L.R. 255 | 111, 177 |
| Schachter v. Canada | [1992] 2 S.C.R. 679 | 520, 527 |
| Schneider c. La Reine | [1982] 2 R.C.S. 112 | 540 |
| Schneider v. The Queen | [1982] 2 S.C.R. 112 | 540 |
| Scott v. Scott | [1913] A.C. 417 | 346 |
| Scowby v. Glendinning | [1986] 2 S.C.R. 226 | 505 |
| Section locale 2995 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Spreitzer | [2002] R.J.Q. 111 | 215 |
| SEFPO c. Ontario (Procureur général) | [1987] 2 R.C.S. 2 | 510, 533 |
| Siemens c. Manitoba (Procureur général) | [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3 | 510 |
| Siemens v. Manitoba (Attorney General) | [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3 | 510 |
| Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) | [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41 | 348 |
| Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) | [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41 | 348 |
| Skogman c. La Reine | [1984] 2 R.C.S. 93 | 301 |
| Skogman v. The Queen | [1984] 2 S.C.R. 93 | 301 |
| Slaight Communications Inc. v. Davidson | [1989] 1 S.C.R. 1038 | 270 |
| Société canadienne d'indemnisation pour les assurances de personnes c. Services de santé du Québec | [1993] R.D.J. 394 | 13 |
| Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) | [1996] 3 R.C.S. 480 | 345, 360 |
| Southam Inc. v. Coulter | (1990), 60 C.C.C. (3d) 267 | 361 |
| Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co. | 245 U.S. 531 (1918) | 126, 149 |
| Soutzo v. Canterra Energy Ltd. | [1988] A.J. No. 506 (QL) | 139 |
| Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp. | [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78 | 456 |
| Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp. | [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78 | 456 |
| St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des tra- vailleurs du papier, section locale 219 | [1986] 1 R.C.S. 704 | 205, 241 |
| St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219 | [1986] 1 S.C.R. 704 | 205, 241 |
| State of California, Department of Fish and Game v. S.S. Bourne- mouth | 307 F.Supp. 922 (1969) | 114 |
| State of Maine v. M/V Tamano | 357 F.Supp. 1097 (1973) | 114 |
| State of Maryland, Department of Natural Resources v. Amerada Hess Corp. | 350 F.Supp. 1060 (1972) | 114 |
| State of Ohio v. U.S. Department of the Interior | 880 F.2d 432 (1989) | 133 |
| State of Washington, Department of Fisheries v. Gillette | 621 P.2d 764 (1980) | 114 |
| Stein v. Gonzales | (1984), 14 D.L.R. (4th) 263 | 108 |
| Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith & Son, Ltd. | [1933] All E.R. 432 | 465 |
| Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (Le) | [1991] 1 R.C.S. 3 | 116 |
| Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The) | [1991] 1 S.C.R. 3 | 116 |
| Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) | [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1 | 285 |
| Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) | [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 | 285 |
| Switzman v. Elbling | [1957] S.C.R. 285 | 533 |
| Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes | [1995] R.J.Q. 2404 | 215 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|---|--------------------|
| T | | |
| Terminiello v. Chicago..... | 337 U.S. 1 (1949)..... | 260, 298 |
| The Queen v. The Ship Sun Diamond | [1984] 1 F.C. 3 | 109 |
| Théberge v. Galerie d' Art du Petit Champlain inc. | [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34 | 449 |
| Therrien (Re)..... | [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35 | 289, 320 |
| Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division | 450 U.S. 707 (1981) | 579 |
| Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)..... | [1990] 1 R.C.S. 425 | 276 |
| Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)..... | [1990] 1 S.C.R. 425 | 276 |
| Timothy v. Simpson | (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285 | 404 |
| Tolofson v. Jensen | [1994] 3 S.C.R. 1022 | 454 |
| Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15 | [1997] 1 S.C.R. 487 | 215 |
| Toronto (City) v. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto | [1926] A.C. 81 | 657 |
| Toronto Transportation Commission v. The King | [1949] S.C.R. 510 | 115 |
| Trib. gr. inst. Paris | May 22, 2000 (UEJF v. Yahoo! Inc.)..... | 461 |
| Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ... | [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31 | 585, 613, 638, 681 |
| U | | |
| Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia | [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40 | 454 |
| United States of America v. Shephard | [1977] 2 S.C.R. 1067 | 512, 531 |
| United States v. Burns..... | [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7 | 285 |
| Université du Québec à Trois-Rivières c. St-Pierre..... | J.E. 97-1309 | 215 |
| Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ... | [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31 | 585, 613, 638, 681 |
| V | | |
| Valente c. La Reine | [1985] 2 R.C.S. 673 | 288, 318 |
| Valente v. The Queen | [1985] 2 S.C.R. 673 | 288, 318 |
| Vallance v. The Queen | (1961), 108 C.L.R. 56 | 412 |
| Vancouver Sun (Re)..... | [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43 | 259 |
| Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd. | [1945] A.C. 108 | 475 |
| Vriend v. Alberta..... | [1998] 1 S.C.R. 493 | 520 |
| W | | |
| Wainwright v. Vancouver Shipyards Co. | (1987), 38 D.L.R. (4th) 760..... | 198, 211 |
| Ward c. Canada (Procureur général)..... | [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17 | 505 |
| Ward v. Canada (Attorney General) | [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17 | 505 |
| Weber v. Ontario Hydro..... | [1995] 2 S.C.R. 929 | 192, 201, 229, 235 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--|----------|
| Whiten v. Pilot Insurance Co. | [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18 | 660 |
| WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp. | (2000), 8 C.P.R. (4th) 1 | 457 |
| Wildman c. La Reine | [1984] 2 R.C.S. 311 | 278 |
| Wildman v. The Queen | [1984] 2 S.C.R. 311 | 278 |
| Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) | [1999] 2 R.C.S. 625 | 502, 530 |
| Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) | [1999] 2 S.C.R. 625 | 502, 530 |
| Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W. | [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48 | 522, 543 |
| Wisconsin v. Yoder | 406 U.S. 205 (1972) | 613 |
| Woelk v. Halvorson | [1980] 2 S.C.R. 430 | 141 |
| Wood v. Grand Valley Railway Co. | (1915), 51 S.C.R. 283 | 105 |
| Wright v. Hale | (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94 | 280 |
| Y | | |
| Yahoo! Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme | 145 F.Supp.2d 1168 (2001) | 461 |
| Young v. Young | [1993] 4 S.C.R. 3 | 666 |

STATUTES AND REGULATIONS CITED

| | PAGE | | PAGE |
|--|----------|--|----------|
| A | | | |
| <i>Act respecting income security</i> , R.S.Q., c. S-3.1.1 | | <i>Code of Civil Procedure</i> , R.S.Q., c. C-25 | |
| s. 78..... | 223 | art. 61..... | 3 |
| s. 81..... | 223 | art. 62..... | 3 |
| <i>Act respecting land use planning and development</i> , R.S.Q., c. A-19.1 | | art. 208..... | 3 |
| ss. 123 to 133..... | 650 | <i>Constitution Act, 1867</i> | |
| <i>Act respecting the Barreau du Québec</i> , R.S.Q., c. B-1 | | Preamble..... | 248 |
| s. 128..... | 3 | s. 91(27)..... | 489 |
| <i>Act respecting the Commission des affaires sociales</i> , R.S.Q., c. C-34 | | <i>Constitution Act, 1982</i> | |
| s. 21..... | 223 | s. 52..... | 489 |
| s. 23..... | 223 | <i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42 | |
| C | | | |
| <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> | | s. 2.4(1)(b)..... | 427 |
| s. 1..... | 489 | s. 3(1)(f)..... | 427 |
| s. 2(a)..... | 551, 650 | <i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46 | |
| s. 7..... | 248, 489 | s. 83.28..... | 248, 332 |
| <i>Charter of Human Rights and Freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12 | | s. 88..... | 371 |
| art. 1..... | 551 | s. 672.23..... | 489 |
| art. 3..... | 551 | s. 672.33..... | 489 |
| art. 6..... | 551 | s. 672.54..... | 489 |
| art. 49..... | 185 | s. 672.81(1)..... | 489 |
| art. 100..... | 185 | F | |
| <i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64 | | <i>Forest Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 140 | |
| art. 7..... | 45 | s. 84..... | 74 |
| art. 1376..... | 17 | s. 161(1)..... | 74 |
| art. 1586..... | 45 | L | |
| art. 1594..... | 45 | <i>Labour Code</i> , R.S.Q., c. C-27 | |
| art. 1617..... | 45 | s. 100..... | 185 |
| art. 2631..... | 45 | P | |
| | | <i>Professional Code</i> , R.S.Q., c. C-26 | |
| | | art. 23..... | 17 |
| | | art. 193..... | 17 |



LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

| | PAGE | | PAGE |
|--|----------|---|------|
| C | | | |
| <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> | | <i>Code du travail, L.R.Q., ch. C-27</i> | |
| art. 1 | 489 | art. 100 | 185 |
| art. 2a) | 551, 650 | F | |
| art. 7 | 248, 489 | <i>Forest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 140</i> | |
| <i>Charte des droits et libertés de la personne,</i> | | art. 84 | 74 |
| L.R.Q., ch. C-12, | | art. 161(1)..... | 74 |
| art. 1 | 551 | L | |
| art. 3 | 551 | <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> | |
| art. 6 | 551 | préambule..... | 248 |
| art. 49 | 185 | art. 91(27)..... | 489 |
| art. 80 | 185 | <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> | |
| <i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i> | | art. 52 | 489 |
| art. 7 | 45 | <i>Loi sur l'aménagement et l'urbanisme,</i> | |
| art. 1376 | 17 | L.R.Q., ch. A-19.1 | |
| art. 1586 | 45 | art. 123 à 133 | 650 |
| art. 1594 | 45 | <i>Loi sur la Commission des affaires sociales,</i> | |
| art. 1617 | 45 | L.R.Q., ch. C-34 | |
| art. 2631 | 45 | art. 21 | 223 |
| <i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i> | | art. 23 | 223 |
| art. 83.28 | 248, 332 | <i>Loi sur la sécurité du revenu, L.R.Q.,</i> | |
| art. 88 | 371 | ch. S-3.1.1 | |
| art. 672.23 | 489 | art. 78 | 223 |
| art. 672.33 | 489 | art. 81 | 223 |
| art. 672.54 | 489 | <i>Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1</i> | |
| art. 672.81(1)..... | 489 | art. 128 | 3 |
| <i>Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25</i> | | <i>Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985,</i> | |
| art. 61 | 3 | ch. C-42 | |
| art. 62 | 3 | art. 2.4(1)b) | 427 |
| art. 208 | 3 | art. 3(1)f)..... | 427 |
| <i>Code des professions, L.R.Q., ch. C-26</i> | | | |
| art. 23 | 17 | | |
| art. 193 | 17 | | |



AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

| | PAGE |
|--|---------------|
| Anonymous. "The music industry: In a spin", <i>The Economist</i> (March 2003), p. 58..... | 478 |
| Arrow, Kenneth, et al. <i>Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation</i> . Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993..... | 136 |
| Baker, J. H. <i>An Introduction to English Legal History</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1979..... | 404 |
| Barak, Aharon. "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" (2002), 116 <i>Harv. L. Rev.</i> 16. | 260 |
| Barreau du Québec. École du Barreau. <i>Collection de droit 2002-2003</i> , vol. 11, <i>Droit pénal : Infractions, moyens de défense et peine</i> , ch. II. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003..... | 391 |
| Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. | 37 |
| Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.... | 69 |
| Benidickson, Jamie. <i>Environmental Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002. | 142 |
| Black, Charles L., Jr. <i>Structure and Relationship in Constitutional Law</i> . Woodbridge, CT: Ox Bow Press, 1983 (1985 reprint)..... | 537 |
| <i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990..... | 405 |
| <i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "necessary"..... | 465 |
| Bobbitt, Philip. <i>Constitutional Fate: Theory of the Constitution</i> . New York: Oxford University Press, 1982.... | 537 |
| British Columbia. Criminal Justice Branch. Media Statement. "Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion", 10 February 2003, < www.ag.gov.bc.ca/airindia/cjb_ms_03-02.htm >..... | 303 |
| British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. <i>Report on Civil Litigation in the Public Interest</i> , No. 46. Vancouver: The Commission, 1980..... | 109 |
| British Columbia. Ministry of Forests. <i>Interior Appraisal Manual</i> . January 1, 1990. | 92 |
| Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , vol. 1, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf). | 465 |
| Brun, Henri. « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience » (1987), 28 <i>C. de D.</i> 185. | 615 |
| Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002..... | 195, 614, 638 |
| Burton, John Hill, ed. <i>Benthamiana: Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham. With an Outline of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works</i> . Edinburgh: William Tait, 1843. | 346 |

| | |
|--|-----|
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 15 octobre 2001, p. 6048..... | 271 |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 16 octobre 2001, p. 6166..... | 307 |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 28 novembre 2001, p. 7620..... | 290 |
| Canada. Chambre des communes. <i>Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne : Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux</i> . Ottawa, Gouvernement du Canada, novembre 2002..... | 521 |
| Canada. Chambre des communes. Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d'auteur. <i>Une charte des droits des créateurs et créatrices</i> . Ottawa : Chambre des communes, 1985..... | 465 |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 15, 2001, p. 6048..... | 271 |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6166..... | 307 |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 28, 2001, p. 7620..... | 290 |
| Canada. House of Commons. <i>Response to the 14th Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Review of the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code</i> . Ottawa, Government of Canada, November 2002..... | 521 |
| Canada. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright of the Standing Committee on Communications and Culture. <i>A Charter of Rights for Creators</i> . Ottawa: House of Commons, 1985..... | 465 |
| Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36</i> , fascicule n ^o 4, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 29 octobre 2001, p. 4:4..... | 271 |
| Canada. Senate. <i>Proceedings of the Special Senate Committee on Subject Matter of Bill C-36</i> . Issue No. 4, 1st Sess., 37th Parl., October 29, 2001, p. 4:4..... | 271 |
| Chayes, Abram. "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 <i>Harv. L. Rev.</i> 1281..... | 544 |
| Chevrette, François. « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit » (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 461..... | 620 |
| Cohen, Stanley A. "Safeguards in and Justifications for Canada's New <i>Anti-terrorism Act</i> " (2002-2003), 14 <i>N.J.C.L.</i> 99..... | 267 |
| Cudmore, Gordon D. <i>Choate on Discovery</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 3), p. 1-11..... | 307 |
| de Bracton, Henry. <i>Bracton on the Laws and Customs of England</i> . Translated by Samuel E. Thorne. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1968..... | 111 |
| Deleury, Édith, et Dominique Goubau. <i>Le droit des personnes physiques</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002..... | 12 |
| Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983..... | 269 |
| Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.... | 35 |
| Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1989..... | 35 |

| | |
|--|-----|
| Elliot, Robin. "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 67. | 537 |
| Estey, Wilfred. "Public Nuisance and Standing to Sue" (1972), 10 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 563. | 109 |
| Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. | 12 |
| Friedland, Martin L. "Police Powers in Bill C-36", in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., <i>The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2001. | 268 |
| Garant, Patrice et autres. <i>La Commission des affaires sociales : Tribunal administratif d'appel</i> . Québec : Faculté de droit, Université Laval, 1979. | 230 |
| Gervais, Daniel J. "Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States" (2001), 34 <i>Vand. J. Transnatl. L.</i> 1363. | 461 |
| Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État », dans <i>Développements récents en droit administratif et constitutionnel</i> , vol. 119. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 117..... | 38 |
| Gratton, Eloïse. <i>Internet and Wireless Privacy: A Legal Guide to Global Business Practices</i> . Toronto: CCH Canadian, 2003. | 474 |
| Harding, Alan. <i>A Social History of English Law</i> . Harmondsworth, England: Penguin Books, 1966. | 404 |
| Jenkins, David. "In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law" (2003), 66 <i>Sask. L. Rev.</i> 419..... | 259 |
| Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003..... | 109 |
| L'Heureux, Jacques. <i>Droit municipal québécois</i> , t. II. Montréal : Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984..... | 677 |
| Lapointe, P. « Les infractions criminelles », dans <i>Droit pénal: Infractions, moyens de défense et sentence</i> . Barreau du Québec, dir. Cowansville : Yvon Blais, 2003, 55. | 391 |
| Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 <i>Can. Bar Rev.</i> 77. | 533 |
| Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary", in Allen M. Linden, ed., <i>The Canadian Judiciary</i> . Toronto: Osgoode Hall Law School, 1976, 1. | 287 |
| MacKay, A. Wayne. "The Supreme Court of Canada and Federalism: Does\Should Anyone Care Anymore?" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 241. | 528 |
| Macklem, Timothy. "Faith as a Secular Value" (2000), 45 <i>McGill L.J.</i> 1. | 615 |
| Maguire, John C. "Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized" (1997), 7 <i>J.E.L.P.</i> 1. | 111 |
| McGregor, Harvey. <i>McGregor on Damages</i> , 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003..... | 128 |
| McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf). | 468 |
| Mill, John Stuart. <i>On Liberty and Considerations on Representative Government</i> . Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946..... | 585 |
| Millard, Jeremy. "Investigative Hearings under the <i>Anti-Terrorism Act</i> " (2002), 60(1) <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 79. | 285 |
| Nadeau, Denis. « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence » (2000), 60 <i>R. du B.</i> 387. | 210 |

| | |
|---|----------|
| Nimmer, Melville B. <i>Nimmer on Copyright</i> , vol. 3. New York: Matthew Bender (loose-leaf updated December 2002, release 59). | 474 |
| <i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « communiquer »..... | 452 |
| <i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « précepte »..... | 638 |
| Ogilvie, M. H. <i>Religious Institutions and the Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003..... | 679 |
| Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Damages for Environmental Harm</i> . Toronto: The Commission, 1990..... | 110 |
| Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Standing</i> . Toronto: The Commission, 1989..... | 109 |
| Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003. | 109 |
| Paciocco, David M. "Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the <i>Anti-Terrorism Act</i> " (2002), 16 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 185. | 284, 324 |
| Pietsch, Matthew V. "International Copyright Infringement and the Internet: An Analysis of the Existing Means of Enforcement" (2001-2002), 24 <i>Hastings Comm. & Ent. L.J.</i> 273. | 459 |
| Pilkington, M. L. "Monetary Redress for Charter Infringement", in Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 307. | 547 |
| Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001..... | 57, 68 |
| Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats : Commissions parlementaires</i> , 3 ^e sess., 32 ^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609..... | 621, 639 |
| Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec. Un mouvement de société</i> , t. 1. Québec : Publications du Québec, 1993..... | 68 |
| Raz, Joseph. <i>The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. | 536 |
| Reindl, Andreas P. "Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks" (1997-1998), 19 <i>Mich. J. Int'l L.</i> 799..... | 470, 483 |
| Sandars, Thomas Collett. <i>The Institutes of Justinian</i> , 1st American, from the 5th London ed. Chicago: Callaghan, 1876..... | 111 |
| Schneider, Richard D. "Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits?" (2000), 21 <i>For the Defence</i> 36..... | 506 |
| Scott, Francis Reginald. <i>Civil Liberties & Canadian Federalism</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1959. .. | 534 |
| Shandal, Vinay. "Combining Remedies Under Section 24 of the <i>Charter</i> and Section 52 of the <i>Constitution Act, 1982</i> : A Discretionary Approach" (2003), 61 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 175..... | 543 |
| <i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "communicate"..... | 452 |
| <i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 2, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "precept"..... | 638 |
| Smith, Graham J. H. <i>Internet Law and Regulation</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2002..... | 458 |
| Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001..... | 384 |

| | |
|---|---------------|
| Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. | 269, 454 |
| Takach, George S. <i>Computer Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003. | 437 |
| Tancelin, Maurice. « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », dans N. Kasirer, dir., <i>La solitude en droit privé</i> . Montréal : Thémis, 2002, 214. | 616 |
| Taschereau, Georges. « Matières non contentieuses », dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 2, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 737. | 12 |
| Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988. | 581 |
| Vaver, David. <i>Copyright Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2000. | 454 |
| Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2004. | 125 |
| Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (release No. 12, December 2003). | 131, 152 |
| Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 <i>U.T.L.J.</i> 307. | 534 |
| Williams, Glanville. "Arrest for Breach of the Peace" [1954] <i>Crim. L. Rev.</i> 578. | 404 |
| Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 <i>R.D. McGill</i> 325. | 577, 615, 678 |

Moïse Amselem, Gladys Bouhadana, Antal Klein and Gabriel Fonfeder *Appellants*

v.

Syndicat Northcrest *Respondent*

and

Evangelical Fellowship of Canada, Seventh-day Adventist Church in Canada, World Sikh Organization of Canada and Ontario Human Rights Commission *Interveners*

and

Miguel Bernfield and Edith Jaul *Mis en cause*

and between

League for Human Rights of B’Nai Brith Canada *Appellant*

v.

Syndicat Northcrest *Respondent*

and

Evangelical Fellowship of Canada, Seventh-day Adventist Church in Canada, World Sikh Organization of Canada and Ontario Human Rights Commission *Interveners*

and

Miguel Bernfield and Edith Jaul *Mis en cause*

INDEXED AS: SYNDICAT NORTHCREST v. AMSELEM

Neutral citation: 2004 SCC 47.

File Nos.: 29253, 29252.

2004: January 19; 2004: June 30.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

Moïse Amselem, Gladys Bouhadana, Antal Klein et Gabriel Fonfeder *Appellants*

c.

Syndicat Northcrest *Intimé*

et

Alliance évangélique du Canada, Église adventiste du septième jour au Canada, World Sikh Organization of Canada et Commission ontarienne des droits de la personne *Intervenantes*

et

Miguel Bernfield et Edith Jaul *Mis en cause*

et entre

Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada *Appelante*

c.

Syndicat Northcrest *Intimé*

et

Alliance évangélique du Canada, Église adventiste du septième jour au Canada, World Sikh Organization of Canada et Commission ontarienne des droits de la personne *Intervenantes*

et

Miguel Bernfield et Edith Jaul *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : SYNDICAT NORTHCREST c. AMSELEM

Référence neutre : 2004 CSC 47.

N^{os} du greffe : 29253, 29252.

2004 : 19 janvier; 2004 : 30 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil rights — Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Exercise of religious freedoms — Orthodox Jews setting up succahs in pursuit of their religious beliefs on balconies of their co-owned property — Syndicate of co-owners requesting removal of succahs because declaration of co-ownership prohibits decorations, alterations and constructions on balconies — Whether freedom of religion infringed by declaration of co-ownership — If so, whether refusal to permit setting up of succahs justified by reliance on right to enjoy property and right to personal security — Whether Orthodox Jewish residents waived their right to freedom of religion by signing declaration of co-ownership — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 3, 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Proper approach for freedom of religion analyses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

The appellants A, B, K and F, all Orthodox Jews, are divided co-owners of units in luxury buildings in Montréal. Under the terms of the by-laws in the declaration of co-ownership, the balconies of individual units, although constituting common portions of the immovable, are nonetheless reserved for the exclusive use of the co-owners of the units to which they are attached. The appellants set up “succahs” on their balconies for the purposes of fulfilling the biblically mandated obligation of dwelling in such small enclosed temporary huts during the annual nine-day Jewish religious festival of Succot. The respondent requested their removal, claiming that the succahs violated the by-laws, which, *inter alia*, prohibited decorations, alterations and constructions on the balconies. None of the appellants had read the declaration of co-ownership prior to purchasing or occupying their individual units. The respondent proposed to allow the appellants to set up a communal succah in the gardens. The appellants expressed their dissatisfaction with the proposed accommodation, explaining that a communal succah would not only cause extreme hardship with their religious observance, but would also be contrary to their personal religious beliefs, which, they claimed, called for the setting up of their own succahs on their own balconies. The respondent refused their request and filed an application for a permanent injunction prohibiting

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Exercice de la liberté de religion — Juifs orthodoxes installant des souccahs sur les balcons de l'immeuble où ils sont copropriétaires, afin de se conformer à leurs croyances religieuses — Syndicat de copropriétaires demandant le démantèlement des souccahs parce que la déclaration de copropriété interdit d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions — La déclaration de copropriété porte-t-elle atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, le refus de permettre l'installation de souccahs est-il justifié par l'argument fondé sur le droit à la jouissance des biens et sur le droit à la sûreté de la personne? — Les résidents juifs orthodoxes ont-ils renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 3, 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Méthode à adopter pour analyser les questions relatives à la liberté de religion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

Les appelants A, B, K et F, qui sont tous des Juifs orthodoxes, détiennent en copropriété divise des appartements dans de luxueux immeubles situés à Montréal. Comme le précise le règlement incorporé dans la déclaration de copropriété, bien que les balcons des appartements soient des parties communes de l'immeuble, l'usage exclusif du balcon appartenant à un appartement est néanmoins réservé au copropriétaire de cet appartement. Les appelants ont installé des « souccahs » sur leur balcon respectif pour se conformer à l'obligation d'habiter dans ces petites huttes temporaires closes, obligation que leur impose la Bible pendant la fête religieuse juive du Souccoth. L'intimé a demandé le démantèlement de ces souccahs, affirmant qu'elles contrevenaient au règlement qui interdit notamment d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions. Aucun des appelants n'avait lu la déclaration de copropriété avant d'acheter son appartement respectif ou d'y emménager. L'intimé a proposé de permettre aux appelants d'installer une souccah commune dans les jardins. Les appelants ont exprimé leur insatisfaction quant à la mesure d'accommodement, expliquant qu'une souccah commune aurait pour effet non seulement de leur créer des difficultés excessives dans l'observance de leur religion, mais également d'aller à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles

the appellants from setting up succahs and, if necessary, permitting their demolition. The application was granted by the Superior Court and this decision was affirmed by the Court of Appeal.

Held (Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Arbour and Fish JJ.: Defined broadly, religion typically involves a particular and comprehensive system of faith and worship. In essence, religion is about freely and deeply held personal convictions or beliefs connected to an individual's spiritual faith and integrally linked to his or her self-definition and spiritual fulfilment, the practices of which allow individuals to foster a connection with the divine or with the subject or object of that spiritual faith.

Freedom of religion under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* (and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) consists of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials. This understanding is consistent with a personal or subjective understanding of freedom of religion. As such, a claimant need not show some sort of objective religious obligation, requirement or precept to invoke freedom of religion. It is the religious or spiritual essence of an action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance, that attracts protection. The State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Although a court is not qualified to judicially interpret and determine the content of a subjective understanding of a religious requirement, it is qualified to inquire into the sincerity of a claimant's belief, where sincerity is in fact at issue. Sincerity of belief simply implies an honesty of belief and the court's role is to ensure that a presently asserted belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice. Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on criteria including the credibility of a claimant's testimony, as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices. Since the focus of the inquiry is not on what others view the claimant's religious obligations as being, but what the claimant

qui, ont-ils affirmé, requièrent qu'ils installent chacun leur propre souccah, sur leur propre balcon. L'intimé a rejeté leur demande et sollicité une injonction permanente interdisant aux appelants d'installer des souccahs et, au besoin, autorisant la démolition des souccahs existantes. La demande a été accueillie par la Cour supérieure, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt (les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Arbour et Fish : Selon une définition générale, une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle.

La liberté de religion garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (et la *Charte canadienne des droits et libertés*) s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. Cette interprétation est compatible avec une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion. Par conséquent, le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Bien qu'un tribunal judiciaire ne soit pas qualifié pour interpréter et déterminer le contenu d'une conception subjective d'une exigence religieuse, il l'est pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse. Une croyance sincère s'entend simplement d'une croyance honnête et le tribunal doit s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice. L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur des critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en

views these personal religious “obligations” to be, it is inappropriate to require expert opinions. It is also inappropriate for courts rigorously to study and focus on the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Because of the vacillating nature of religious belief, a court’s inquiry into sincerity, if anything, should focus not on past practice or past belief but on a person’s belief at the time of the alleged interference with his or her religious freedom.

Freedom of religion is triggered when a claimant demonstrates that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion. Once religious freedom is triggered, a court must then ascertain whether there has been non-trivial or non-insubstantial interference with the exercise of the implicated right so as to constitute an infringement of freedom of religion under the Quebec (or the Canadian) *Charter*. However, even if the claimant successfully demonstrates non-trivial interference, religious conduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises.

Here, the impugned stipulations in the declaration of co-ownership infringe upon the appellants’ freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter*. The trial judge’s approach to freedom of religion was incorrect. First, he chose between two competing rabbinical authorities on a question of Jewish law. Second, he seems to have based his findings with respect to freedom of religion solely on what he perceived to be the objective obligatory requirements of Judaism, thus failing to recognize that freedom of religion under the Quebec (and the Canadian) *Charter* does not require a person to prove that his or her religious practices are supported by any mandatory doctrine of faith. Furthermore, any incorporation of distinctions between “obligation” and “custom” or, as made by the respondent and the courts below, between “objective obligation” and “subjective obligation or belief” within the framework of a religious freedom analysis is dubious, unwarranted and unduly restrictive. On the issue of sincerity, the trial judge correctly concluded that the appellant A sincerely believed that he was obliged to set up a succah on his own property. The appellants K and F submitted expert evidence of their sincere individual belief as to the inherently personal nature of fulfilling the commandment of

accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Comme l’examen ne porte pas sur la perception qu’ont les autres des obligations religieuses du demandeur, mais sur ce que ce dernier considère subjectivement comme étant ces « obligations » religieuses, il ne convient pas d’exiger qu’il produise des opinions d’expert. Il ne convient pas non plus que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Vu le caractère mouvant des croyances religieuses, l’examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit s’attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion.

La liberté de religion entre en jeu lorsqu’un demandeur démontre qu’il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion. Dès que la liberté de religion entre en jeu, le tribunal doit déterminer si l’exercice de ce droit a fait l’objet d’une entrave non négligeable ou non insignifiante constituant une atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte* québécoise (ou la *Charte* canadienne). Cependant, même si le demandeur parvient à prouver l’existence d’une entrave non négligeable, une conduite religieuse susceptible de causer préjudice aux droits d’autrui ou d’entraver l’exercice de ces droits n’est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* québécoise doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s’inscrit le conflit apparent.

En l’espèce, les clauses contestées de la déclaration de copropriété portent atteinte à la liberté de religion garantie aux appellants par l’art. 3 de la *Charte* québécoise. La démarche retenue par le juge de première instance était erronée. Premièrement, il a à tort choisi entre deux autorités rabbiniques avançant des opinions opposées sur une question concernant la loi juive. Deuxièmement, il semble avoir fondé ses conclusions relativement à la liberté de religion uniquement sur ce qu’il estimait être des exigences objectivement obligatoires du judaïsme, omettant ainsi de reconnaître que, suivant la *Charte* québécoise (et la *Charte* canadienne), la personne qui invoque liberté de religion n’a pas à démontrer que ses pratiques religieuses reposent sur une doctrine de foi obligatoire. De plus, le fait d’intégrer dans l’analyse relative à la liberté de religion des distinctions entre « obligation » et « coutume » ou, comme l’ont fait l’intimé et les tribunaux inférieurs, entre « obligation objective » et « obligation ou croyance subjective » constitue une mesure discutable, injustifiée et indûment restrictive. Quant à la question de la sincérité, le juge de première instance a à juste titre conclu que l’appellant A croyait sincèrement être tenu d’installer une succah sur sa propriété. Les appellants K et F ont produit

dwelling in a succah. Such expert testimony, although not required, suffices in positively assessing the sincerity and honesty of their belief. Lastly, the interference with their right to freedom of religion is more than trivial and thus, leads to an infringement of that right. It is evident that in respect of A the impugned clauses of the declaration of co-ownership interfere with his right in a substantial way, as a prohibition against setting up his own succah obliterates the substance of his right. In the case of K and F, they have proven that the alternatives of either imposing on friends and family or celebrating in a communal succah as proposed by the respondent will subjectively lead to extreme distress and thus impermissibly detract from the joyous celebration of the holiday. In any event, there is no doubt that all the appellants sincerely believe they must fulfill the biblically mandated obligation, perhaps not of setting up one's own succah, but of "dwelling in" a succah for the entire nine-day festival of Succot. Although the declaration of co-ownership does not overtly forbid the appellants to dwell in a succah — in that they are free to celebrate the holiday with relatives or in a proposed communal succah —, the burdens placed upon them as a result of the operation of the impugned clauses are evidently substantial. Preventing them from building their own succah therefore constitutes a non-trivial interference with and thus an infringement of their protected rights to dwell in a succah during the festival of Succot.

The alleged intrusions or deleterious effects on the co-owners' rights to peaceful enjoyment of their property and to personal security guaranteed by ss. 6 and 1 respectively of the Quebec *Charter* are, under the circumstances, at best minimal and thus cannot be reasonably considered as imposing valid limits on the exercise of the appellants' religious freedom. The respondent has not adduced enough evidence to conclude that allowing the appellants to set up such temporary succahs would cause the value of the units, or of the property, to decrease. Similarly, protecting the co-owners' enjoyment of the property by preserving the aesthetic appearance of the balconies and thus enhancing the harmonious external appearance of the building cannot be reconciled with a total ban imposed on the appellants' exercise of their religious freedom. The potential annoyance caused by a few succahs being set up for a period of nine days each year would undoubtedly be quite trivial. Finally, the appellants' offer to set up their succahs in such a way that they would not block any doors, would not obstruct fire lanes

un témoignage d'expert étayant leur croyance sincère que le respect du commandement d'habiter dans une succah revêt un caractère intrinsèquement personnel. Ce témoignage d'expert — bien que non requis — permet de conclure à la sincérité et à l'honnêteté de leur croyance. Enfin, l'entrave à leur droit à la liberté de religion est plus que négligeable et en conséquence entraîne une atteinte à ce droit. Il est évident que, dans le cas de A, les clauses contestées de la déclaration de copropriété empiètent de façon importante sur son droit, étant donné que l'interdiction qui lui est faite de construire sa propre succah vide de toute substance le droit qui lui est reconnu. En ce qui concerne K et F, ils ont prouvé que les solutions de rechange — soit imposer leur présence à des amis et à des parents, soit célébrer dans la succah commune proposée par l'intimé — leur causeraient subjectivement d'intenses difficultés et, partant, enlèveraient de manière inacceptable à la fête son caractère joyeux. Quoi qu'il en soit, il est clair que tous les appelants croient sincèrement être tenus de se conformer à l'obligation qu'impose la Bible — peut-être pas nécessairement l'obligation de disposer de leur propre succah, mais celle d'« habiter » dans une succah pendant toute la durée de la fête du Souccoth, soit neuf jours. Bien que la déclaration de copropriété n'interdise pas ouvertement aux appelants d'habiter dans une succah — ceux-ci demeurant libres de célébrer la fête chez des parents ou dans la succah commune proposée —, les contraintes qui leur sont imposées par suite de l'application des clauses contestées sont manifestement considérables. Empêcher les appelants d'installer leur propre succah constitue donc dans les faits une entrave non négligeable à l'exercice de leur droit protégé d'habiter dans une succah pendant la fête du Souccoth, et entraîne de ce fait une atteinte à ce droit.

Les atteintes ou effets préjudiciables qui seraient causés aux droits des copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne, droits que leur garantissent respectivement les art. 6 et 1 de la *Charte* québécoise, sont, dans les circonstances, tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. L'intimé n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour permettre de conclure que le fait d'autoriser les appelants à construire de telles succahs temporaires ferait baisser la valeur des appartements ou de la propriété dans son ensemble. De même, il est impossible de concilier le fait de protéger la jouissance par les copropriétaires de leur bien en préservant l'apparence esthétique des balcons et en rehaussant ainsi l'harmonie externe de l'immeuble avec l'interdiction totale frappant l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. La contrariété que pourrait causer l'installation de quelques succahs pendant neuf jours chaque année

and would pose no threat to safety or security obviated any security concerns under the circumstances. In order to respect the co-owners' property interests, however, the appellants should set up their succahs in a manner that conforms, as much as possible, with the general aesthetics of the property.

Whether one can waive a constitutional right like freedom of religion is a question that is not free from doubt. However, even assuming that an individual can theoretically waive his or her right to freedom of religion, a waiver argument, or an argument analogous to waiver, cannot be maintained on the facts of this case. First, the prohibitions can properly be construed as falling under s. 9.3 of the declaration of co-ownership, which does not absolutely prohibit, but rather, simply requires soliciting the consent of the co-owners to enclose one's balcony. Second, the appellants did not voluntarily, clearly and expressly waive their rights to freedom of religion. They had no choice but to sign the declaration of co-ownership if they wanted to reside at that complex. It would be both insensitive and morally repugnant to intimate that the appellants simply move elsewhere if they take issue with a clause restricting their right to freedom of religion. Further, there is no evidence that the appellants were aware that signing the declaration amounted to a waiver of their rights to freedom of religion. Not only would a general prohibition on constructions, such as the one in the declaration of co-ownership, be insufficient to ground a finding of waiver, but arguably so would any document lacking an explicit reference to the affected *Charter* right.

Per Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): Since a religion is a system of beliefs and practices based on certain religious precepts, a nexus between the believer's personal beliefs and the precepts of his or her religion must be established. To rely on his or her conscientious objection a claimant must demonstrate (1) the existence of a religious precept, (2) a sincere belief that the practice dependent on the precept is mandatory, and (3) the existence of a conflict between the practice and the rule.

The claimant must first show that the precept in question is genuinely religious and not secular. The test is reasonable belief in the existence of a religious

serait sans doute bien insignifiante. Enfin, l'offre des appelants d'installer leur souccah respective de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie et à ne compromettre d'aucune façon la sécurité, a permis, dans les circonstances, de dissiper toute inquiétude à cet égard. Toutefois, les appelants devraient installer les souccahs de la manière la plus harmonieuse possible avec l'apparence générale de l'immeuble, afin de respecter les droits de propriété des copropriétaires.

La question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations. Cependant, même à supposer qu'il soit théoriquement possible à une personne de renoncer légitimement à son droit à la liberté de religion, les faits de la présente affaire ne permettent pas d'accueillir un argument fondé sur la renonciation ou un argument analogue. Premièrement, on peut à juste titre considérer que la prohibition repose sur l'art. 9.3 de la déclaration de copropriété, qui ne constitue pas une prohibition absolue mais requiert seulement que l'intéressé demande aux copropriétaires l'autorisation de fermer son balcon. Deuxièmement, les appelants n'ont pas renoncé de façon claire, expresse et volontaire à leur droit à la liberté de religion. Ils n'avaient pas d'autre choix que de signer la déclaration de copropriété s'ils voulaient résider dans cet ensemble immobilier. Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion. En outre, rien ne démontre que les appelants savaient qu'en signant la déclaration ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la *Charte* qui est visé.

Les juges Bastarache, LeBel et Deschamps (dissidents) : Puisque la religion est un système de croyances et de pratiques basées sur certains préceptes religieux, il faut établir un lien entre les croyances personnelles du fidèle et les préceptes de sa religion. Pour faire valoir son objection de conscience, un requérant devra démontrer (1) l'existence d'un précepte religieux, (2) la croyance sincère dans le caractère obligatoire de la pratique découlant de ce précepte, et (3) l'existence d'un conflit entre la pratique et la règle.

Le requérant doit d'abord démontrer qu'est en cause un précepte de nature vraiment religieuse et non séculière. Le critère est celui de la croyance raisonnable en

precept. To this end, expert testimony will be useful, as it can serve to establish the fundamental practices and precepts of a religion the individual claims to practise. In the second step, the claimant must establish that he or she has a sincere belief and that this belief is objectively connected to a religious precept that follows from a text or another article of faith. It is not necessary to prove that the precept objectively creates an obligation, but it must be established that the claimant sincerely believes he or she is under an obligation that follows from the precept. The inquiry into the sincerity of beliefs must be as limited as possible, since it will expose an individual's most personal and private beliefs to public airing and testing in a judicial or quasi-judicial setting. The sincerity of a belief is examined on a case-by-case basis and must be supported by sufficient evidence, which comes mainly from the claimant. Although consistency in religious practice may be indicative of the sincerity of a claimant's beliefs, it is the claimant's overall personal credibility and evidence of his or her current religious practices that matter. The essential test must be the claimant's intention and serious desire to obey the fundamental precepts of his or her religion. Finally, unless the impugned provisions or standards infringe the claimant's rights in a manner that is more than trivial or insubstantial, the freedom of religion guaranteed by the *Charters* is not applicable.

Even if all religious conduct, practices or expression that could infringe or affect the rights of others in a private law context are protected *a priori* by the purpose of freedom of religion, they are not necessarily protected under the right to freedom of religion. According to the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, the rights and freedoms subject to s. 9.1, including the right to freedom of religion, must be exercised in relation to one another while maintaining proper regard for democratic values, public order and the general well-being of citizens. The *Civil Code of Québec* is the most important instrument for defining the principles governing public order and the general well-being of the citizens of Quebec. The first paragraph of s. 9.1 requires not merely a balancing of the respective rights of the parties; it is necessary to reconcile all the rights and values at issue and find a balance and a compromise consistent with the public interest in the specific context of the case. The court must ask itself two questions: (1) Has the purpose of the fundamental right been infringed? (2) If so, is this infringement legitimate, taking into account democratic values, public order, and the general well-being? A negative answer to the second question would indicate that a fundamental right has been violated. In the first step of the analysis, the person alleging the infringement must prove that it has occurred.

l'existence d'un précepte religieux. À cet égard, une preuve d'expert s'avère utile, puisqu'elle peut servir à établir les pratiques et préceptes fondamentaux de la religion dont le requérant se réclame. À la deuxième étape, le requérant doit établir qu'il a une croyance sincère, et que cette croyance est objectivement liée à un précepte religieux qui découle d'un texte ou d'un autre article de foi. Il n'est pas nécessaire de prouver que le précepte crée objectivement une obligation, mais il est nécessaire d'établir que le requérant croit sincèrement qu'il a une obligation qui découle de ce précepte. L'enquête sur la sincérité des croyances doit être limitée le plus possible puisqu'elle a pour effet d'exposer les croyances les plus personnelles et les plus intimes d'une personne à la connaissance et au contrôle publics dans un contexte judiciaire ou quasi-judiciaire. La sincérité d'une croyance est examinée au cas par cas et doit s'appuyer sur une preuve suffisante provenant principalement du requérant lui-même. Bien que la constance de la pratique religieuse puisse constituer une indication de la sincérité des croyances du requérant, c'est l'ensemble de la crédibilité personnelle de celui-ci qui importe et la preuve de ses pratiques religieuses courantes. Le critère essentiel doit être celui de l'intention et du désir sérieux de suivre les préceptes fondamentaux de sa religion. Enfin, à moins que les dispositions ou normes contestées n'enfreignent les droits du requérant d'une façon qui est plus que négligeable ou insignifiante, la liberté de religion protégée par les *Chartes* n'entre pas en jeu.

Toutes conduites, pratiques ou manifestations religieuses qui pourraient léser ou affecter les droits d'autrui dans un contexte de droit privé, même si a priori protégées par l'objet de la liberté de religion, ne sont pas nécessairement protégées en vertu du droit à la liberté de religion. Selon l'art. 9.1, al. 1, de la *Charte québécoise*, les droits et libertés assujettis à cet article, y compris le droit à la liberté de religion, doivent s'exercer les uns par rapport aux autres dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général. Le *Code civil du Québec* est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. Le texte de l'art. 9.1, al. 1, ne prescrit pas simplement de soulever les droits respectifs des parties. Il faut plutôt concilier tous les droits et valeurs en cause et trouver un équilibre et un compromis conformes à l'intérêt général dans le contexte précis de l'affaire. Le tribunal doit se poser les deux questions suivantes : (1) Y a-t-il atteinte à l'objet du droit fondamental? (2) Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle licite, compte tenu des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général? Une réponse négative à cette deuxième question indique qu'il y a violation d'un droit fondamental. À la première étape de l'analyse, celui qui allègue l'atteinte doit la démontrer. Il appartient au

In the second step, the onus is on the defendant to show that the infringement is consistent with the principles underlying s. 9.1. The reconciliation of rights is clearly different from the duty to accommodate in the context of an infringement of the right to equality guaranteed by s. 10 of the *Charter*.

In the case at bar, the prohibition against erecting their own succahs does not infringe the appellants' right to freedom of religion. Based on the evidence that was adduced and accepted, the appellants sincerely believe that, whenever possible, it would be preferable for them to erect their own succahs; however, it would not be a divergence from their religious precept to accept another solution, so long as the fundamental obligation of eating their meals in a succah was discharged. It cannot therefore be accepted that the appellants sincerely believe, based on the precepts of their religion that they are relying on, that they are under an obligation to erect their own succahs on their balconies. It is, rather, the practice of eating or celebrating Succot in a succah that is protected by the guarantee of freedom of religion set out in s. 3 of the Quebec *Charter*. The declaration of co-ownership does not hinder this practice, as it does not bar the appellants from celebrating in a succah, in that they can celebrate Succot at the homes of friends or family or even in a communal succah, as proposed by the respondent.

Assuming that the belief of the appellant A that he must erect a succah on his own balcony is sincere and that it is based on a precept of his religion, the infringement of his right to freedom of religion is legitimate, since the right to erect succahs on balconies cannot be exercised in harmony with the rights and freedoms of others and the general well-being of citizens. The rights of each of the other co-owners to the peaceful enjoyment and free disposition of their property and to life and personal security under ss. 6 and 1, respectively, of the Quebec *Charter* are in conflict with the appellant's freedom of religion. In the case at bar, the right to the peaceful enjoyment and free disposition of one's property is included in the purpose of the restrictions provided for in the declaration of co-ownership. The restrictions are aimed first and foremost at preserving the market value of the dwelling units held in co-ownership. They also protect the co-owners' right to enjoy the common portions reserved for exclusive use while preserving the building's style and its aesthetic appearance of a luxury building and permitting the balconies to be used to evacuate the building in a dangerous situation. The restrictions are justified, in conformity with art. 1056 C.C.Q., by the immovable's destination, characteristics and location. Also, preventing the obstruction of routes between balconies so that they can be used as emergency exits protects the co-owners' right to life and personal security. The argument that succahs can be

défendeur, à la deuxième étape, de démontrer que l'atteinte est conforme aux principes qui sous-tendent l'art. 9.1. L'exercice de conciliation se distingue nettement de l'obligation de trouver un accommodement dans le contexte d'une atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 10 de la *Charte*.

En l'espèce, l'interdiction de construire sa propre succah ne porte pas atteinte au droit à la liberté de religion des appelants. D'après la preuve présentée et retenue, les appelants croient sincèrement que, lorsque c'est possible, il est préférable de construire sa propre succah; cependant, ce ne serait pas un écart par rapport à leur précepte religieux que d'accepter une autre solution, pourvu que l'on respecte l'obligation fondamentale, soit celle de prendre ses repas dans une succah. On ne peut donc accepter que les appelants croient sincèrement, suivant les préceptes de leur religion qu'ils invoquent, qu'ils ont l'obligation d'avoir leur propre succah sur leur balcon. C'est plutôt leur pratique de manger ou de célébrer la Souccoth dans une succah qui est protégée par la liberté de religion à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. La déclaration de copropriété ne fait pas obstacle à cette pratique puisqu'elle n'empêche pas les appelants de fêter dans une succah, en ce sens qu'ils peuvent célébrer la Souccoth chez des parents ou amis, ou même dans une succah commune, comme l'a proposé l'intimé.

Dans l'hypothèse où la croyance de l'appellant A qu'il doit construire une succah sur son propre balcon est sincère et qu'elle découle d'un précepte de sa religion, l'atteinte à son droit à la liberté de religion est licite puisque le droit d'ériger des succahs sur les balcons ne peut s'exercer en harmonie avec les droits et libertés d'autrui et du bien-être en général. Le droit de chacun des autres copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens et le droit à la vie et à la sûreté, prévus respectivement aux art. 6 et 1 de la *Charte* québécoise, entrent en conflit avec la liberté de religion de l'appellant. Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens se manifeste, en l'espèce, dans l'objet des restrictions prévues dans la déclaration de copropriété. D'abord, ces restrictions visent à préserver la valeur marchande des unités de logement détenues en copropriété. Elles protègent également le droit des copropriétaires à la jouissance des parties communes à usage privé en assurant la préservation du cachet de l'immeuble et son esthétisme extérieur comme immeuble luxueux, et en permettant l'utilisation des balcons pour l'évacuation de l'immeuble en cas de danger. Les restrictions sont justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères et sa situation, conformément à l'art. 1056 C.c.Q. De plus, l'empêchement d'obstruer les voies de passage entre les balcons tenant lieu de sortie de secours protège le droit à la vie et à la sûreté de chacun des copropriétaires.

erected without blocking access routes too much if certain conditions are complied with cannot be accepted at this point in the analysis, as it is based on the concept of reasonable accommodation, which is inapplicable in the context of s. 9.1.

The obligation imposed on the appellants to exercise their rights of ownership in harmony with the rights of the other co-owners is not unfair. The declaration of co-ownership was drafted in an effort to preserve the rights of all the co-owners, without distinction. It must also be borne in mind that the erection, as proposed by the respondent, of a communal succah would have had the desired result of upholding not only the parties' contractual rights, but also of the rights guaranteed by ss. 6, 1 and 3 of the Quebec *Charter*. Such a solution would be consistent with the principle that freedom of religion must be exercised within reasonable limits and with respect for the rights of others, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order and health and the fundamental rights and freedoms of others.

Per Binnie J. (dissenting): While freedom of religion as guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* should be broadly interpreted, the Quebec *Charter* is also concerned in s. 9.1 with a citizen's responsibilities to other citizens in the exercise of their rights and freedoms. Here, the threshold test of bringing the s. 3 claim within the protected zone of religious freedom has been met but, in the circumstances of this case, the appellants cannot reasonably insist on a personal succah.

The succah ritual exists as an article of the Jewish faith and at least one of the appellants sincerely believes that dwelling in his own succah is part of his faith, subject to a measure of flexibility when a personal succah is not available. The construction of a succah on the commonly owned balconies of the building, however, is clearly prohibited by the declaration of co-ownership. Weight must fairly be given to the private contract voluntarily made among the parties to govern their mutual rights and obligations, including the contractual rules contained in the declaration of co-ownership, as well as on the co-owners' offer of accommodation. Buried at the heart of this fact-specific case is the issue of the appellants' acceptance, embodied in the contract with their co-owners, that they would not insist on construction of a personal succah on the communally owned balconies of the building. A person's right to the peaceful enjoyment of his property is one of the rights guaranteed by s. 6 of the Quebec *Charter* and the primary right asserted by the co-owners. Although s. 9.1 does not specifically impose a duty on

L'argument selon lequel les souccahs peuvent être construites sans trop bloquer les voies d'accès si certaines conditions sont respectées ne saurait être retenu à cette étape de l'analyse puisqu'il est fondé sur la notion de l'accommodement raisonnable, qui n'est pas applicable dans le contexte de l'art. 9.1.

L'obligation imposée aux appelants d'exercer leurs droits de propriété en harmonie avec les droits des autres copropriétaires n'est pas inéquitable. La déclaration de copropriété a été rédigée en vue de préserver les droits de tous les copropriétaires sans distinction. Il faut également tenir compte du fait que la construction d'une succah commune, tel que proposé par l'intimé, aurait permis de parvenir au résultat voulu, soit non seulement le respect des droits contractuels des parties, mais aussi le respect des droits garantis par les art. 6, 1 et 3 de la *Charte* québécoise. Une telle solution est conforme au principe de l'exercice de la liberté de religion dans les limites raisonnables et le respect des droits d'autrui, sujet aux restrictions nécessaires pour que soient préservés la sécurité, l'ordre, la santé et les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Le juge Binnie (dissident) : Bien que la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise doive recevoir une interprétation large, l'art. 9.1 de ce texte précise que les citoyens doivent tenir compte de leurs responsabilités envers leurs concitoyens dans l'exercice de leurs droits et libertés. En l'espèce, la revendication fondée sur l'art. 3 satisfait au critère préliminaire permettant d'invoquer la liberté de religion, mais, eu égard à toutes les circonstances, les appelants ne peuvent raisonnablement insister pour avoir leur propre succah.

Le rituel de la succah constitue un article de la foi juive et au moins un des appelants croit sincèrement qu'habiter dans sa propre succah fait partie de sa foi, sous réserve du besoin de manifester une certaine souplesse lorsqu'il n'est pas possible de disposer de sa propre succah. Toutefois, la déclaration de copropriété interdit clairement l'installation de souccahs sur les balcons de l'immeuble, qui sont des parties communes. Il faut accorder l'importance qu'il convient, d'une part, au contrat privé dont ont volontairement convenu les parties et qui régit leurs obligations et droits respectifs, notamment les règles contractuelles énoncées dans la déclaration de copropriété, et, d'autre part, à la mesure d'accommodement proposée par les copropriétaires. Au cœur du présent litige, qui est particulièrement tributaire des faits qui lui sont propres, se pose la question de l'engagement des appelants, constaté dans le contrat conclu avec les autres copropriétaires, de ne pas insister pour construire des souccahs individuelles sur les balcons de l'immeuble, balcons qui sont des parties communes. Le droit de

third parties to accommodate a claimant, as a practical matter, the reasonableness of the claimant's conduct will be measured, at least to some extent, in light of the reasonableness of the conduct of the co-owners. The text of s. 9.1 puts the focus on the claimant, who must have regard to the facts of communal living, which includes the rights of third parties. Lastly, the reasonableness of a claimant's objection must be viewed from the perspective of a reasonable person in the position of the claimant with full knowledge of the relevant facts. When all the relevant facts of this case are considered, especially the pre-existing rules of the immovable accepted by the appellants as part of the purchase of their units, the appellants have not demonstrated that their insistence on a personal *souccah* and their rejection of the co-owner's accommodation of a group *souccah* show proper regard for the rights of others within the protection of s. 9.1. The appellants themselves were in the best position to determine their religious requirements and must be taken to have done so when entering into the co-ownership agreement in the first place. They cannot afterwards reasonably insist on their preferred solution at the expense of the countervailing legal rights of their co-owners. As found by the trial judge, the accommodation offered by the co-owners was not inconsistent with the appellants' sense of religious obligation in circumstances where a personal *souccah* is simply not available.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 D.L.R. (3d) 35; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989); *R. v. Laws* (1998), 165 D.L.R. (4th) 301; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141;

toute personne à la jouissance paisible de ses biens, qui est l'un des droits garantis par l'art. 6 de la *Charte québécoise*, est le principal droit invoqué par les copropriétaires. Bien que l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* n'impose pas expressément à des tiers l'obligation de prendre des mesures d'accommodement en faveur du plaignant, en pratique le caractère raisonnable de la conduite de ce dernier sera, dans une certaine mesure au moins, appréciée au regard du caractère raisonnable de la conduite des copropriétaires. Le texte de l'art. 9.1 fait bien ressortir que le plaignant doit exercer ses droits en tenant compte des réalités de la vie en société, y compris évidemment les droits des tiers. Enfin, la « raisonabilité » de l'objection du plaignant doit être considérée du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation de ce dernier et parfaitement informée des faits pertinents. À la lumière de toutes les circonstances, particulièrement les règles de l'immeuble qui existaient et qui ont été acceptées par les appelants lors de l'achat de leur appartement respectif, ceux-ci n'ont pas démontré que leur insistance à pouvoir disposer d'une *souccah* personnelle et leur rejet de la *souccah* commune proposée en guise de mesure d'accommodement respectent suffisamment les droits d'autrui protégés par l'art. 9.1. Les appelants eux-mêmes étaient les mieux placés pour déterminer leurs obligations religieuses et il faut supposer qu'ils l'ont fait lorsqu'ils ont conclu la convention de copropriété. Ils ne sauraient insister par la suite pour que la solution qu'ils privilégient soit retenue au détriment des droits opposés des autres copropriétaires. Comme a conclu le juge de première instance, la mesure d'accommodement proposée par les copropriétaires n'était pas incompatible avec ce que les appelants considéraient être leurs obligations religieuses dans les cas où il ne leur est tout simplement pas possible de disposer de leur propre *souccah*.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 D.L.R. (3d) 35; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981); *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989); *R. c. Laws* (1998), 165 D.L.R. (4th) 301; *P. (D.)*

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

By Bastarache J. (dissenting)

Québec (Procureur général) v. Lambert, [2002] R.J.Q. 599; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Bowman v. Secular Society, Ltd.*, [1917] A.C. 406; *R. v. Registrar General, Ex parte Segerdal*, [1970] 2 Q.B. 697; *Barralet v. Attorney General*, [1980] 3 All E.R. 918; *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Desroches v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540.

By Binnie J. (dissenting)

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

c. S. (C.), [1993] 4 R.C.S. 141; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Québec (Procureur général) c. Lambert, [2002] R.J.Q. 599; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Bowman c. Secular Society, Ltd.*, [1917] A.C. 406; *R. c. Registrar General, Ex parte Segerdal*, [1970] 2 Q.B. 697; *Barralet c. Attorney General*, [1980] 3 All E.R. 918; *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540.

Citée par le juge Binnie (dissident)

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon c. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, préambule, ss. 1, 3, 6, 9.1, 10, 13.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 1039, 1056, 1063.

United States Constitution, First Amendment.

Authors Cited

Brun, Henri. "Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise: l'objection de conscience" (1987), 28 *C. de D.* 185.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Chevrette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461.

Macklem, Timothy. "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.

Shorter Oxford English Dictionary, vol. 2, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "precept".

Tancelin, Maurice. "L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat", dans N. Kasirer, dir., *La solitude en droit privé*. Montréal: Thémis, 2002, 214.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

Woehrling, José. "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 906, [2002] Q.J. No. 705 (QL), and [2002] Q.J. No. 707 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1998] R.J.Q. 1892, [1998] Q.J. No. 1959 (QL). Appeal allowed, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Julius H. Grey, Lynne-Marie Casgrain, Elisabeth Goodwin and Jean-Philippe Desmarais, for the appellants Moïse Amselem, Gladys Bouhadana, Antal Klein and Gabriel Fonfeder.

David Matas and Steven G. Slimovitch, for the appellant the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1, 3, 6, 9.1, 10, 13.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 1039, 1056, 1063.

Constitution des États-Unis, Premier amendement.

Doctrine citée

Brun, Henri. « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience » (1987), 28 *C. de D.* 185.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

Chevrette, François. « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit » (1987), 21 *R.J.T.* 461.

Macklem, Timothy. « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford : Basil Blackwell, 1946.

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « précepte ».

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.

Tancelin, Maurice. « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », dans N. Kasirer, dir., *La solitude en droit privé*. Montréal : Thémis, 2002, 214.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y. : Foundation Press, 1988.

Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325.

POURVOI contre les arrêts de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 906, [2002] J.Q. n° 705 (QL), et [2002] J.Q. n° 707 (QL), qui ont confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1998] R.J.Q. 1892, [1998] A.Q. n° 1959 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

Julius H. Grey, Lynne-Marie Casgrain, Elisabeth Goodwin et Jean-Philippe Desmarais, pour les appelants Moïse Amselem, Gladys Bouhadana, Antal Klein et Gabriel Fonfeder.

David Matas et Steven G. Slimovitch, pour l'appelante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Pierre-G. Champagne and Yves Joli-Coeur, for the respondent.

Dale Fedorchuk, Bradley Minuk and Dave Ryan, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Seventh-day Adventist Church in Canada.

Palbinder K. Shergill, for the intervener the World Sikh Organization of Canada.

Prabhu Rajan, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Arbour and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

An important feature of our constitutional democracy is respect for minorities, which includes, of course, religious minorities: see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 79-81. Indeed, respect for and tolerance of the rights and practices of religious minorities is one of the hallmarks of an enlightened democracy. But respect for religious minorities is not a stand-alone absolute right; like other rights, freedom of religion exists in a matrix of other correspondingly important rights that attach to individuals. Respect for minority rights must also coexist alongside societal values that are central to the make-up and functioning of a free and democratic society. This appeal requires the Court to deal with the interrelationship between fundamental rights both at a conceptual level and for a practical outcome.

More specifically, the cases which are the subject of this appeal involve a religious claim by the appellants for the setting up of a “succah” for nine days a year in the pursuit of their religious beliefs on their co-owned property under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the

Pierre-G. Champagne et Yves Joli-Coeur, pour l'intimé.

Dale Fedorchuk, Bradley Minuk et Dave Ryan, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Église adventiste du septième jour au Canada.

Palbinder K. Shergill, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

Prabhu Rajan, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Arbour et Fish rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Un aspect important de notre démocratie constitutionnelle est le respect des minorités, parmi lesquelles on compte bien sûr les minorités religieuses : voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79-81. De fait, une attitude respectueuse et tolérante à l'égard des droits et des pratiques des minorités religieuses est une des caractéristiques essentielles d'une démocratie moderne. Cependant le respect des minorités religieuses ne constitue pas un droit autonome et absolu; à l'instar des autres droits, la liberté de religion fait partie d'un ensemble d'autres droits individuels tout aussi importants. Le respect des droits des minorités doit également coexister avec des valeurs sociales qui sont au cœur de la composition et du fonctionnement d'une société libre et démocratique. Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner l'interrelation entre certains droits fondamentaux, tant d'un point de vue conceptuel que d'un point de vue pratique.

Plus précisément, dans les affaires qui font l'objet du présent pourvoi les appelants revendiquent, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »), le droit d'installer une « souccah » pendant neuf jours chaque année dans l'immeuble

“Quebec Charter”). The Quebec courts denied the claim. With respect, I disagree and would allow the appeal.

3

In particular, after defining the scope of freedom of religion and its infringement, I find that the appellants’ religious freedom under the Quebec *Charter* has been infringed by the declaration of co-ownership. While the respondent has raised rights to enjoy property and personal security as justification for its refusal to allow a succah to be set up, I find that the impairment of the appellants’ religious freedom is serious whereas I conclude that the intrusion on the respondent’s rights is minimal. As such, I hold that the appellants must be permitted to set up succahs on their balconies, provided that the succahs remain only for the limited time necessary — in this case nine days —, allow for an emergency access route, and conform, as much as possible, with the general aesthetics of the property. I also find the argument that the appellants waived their religious rights cannot be maintained under the circumstances, nor did they implicitly agree not to set up succahs on their balconies by signing the declaration of co-ownership.

II. Background

4

The appellants, all Orthodox Jews, are divided co-owners of residential units in “Place Northcrest”, two luxury buildings forming part of “Le Sanctuaire du Mont-Royal” (the “Sanctuaire”), a larger complex in Montréal. Moïse Amselem has lived at the Sanctuaire, together with his wife Gladys Bouhadana, since 1996; Gabriel Fonfeder has lived at the complex since 1994; and, at the time of the proceedings below, Thomas Klein, the son of the appellant Antal Klein, had been living there since 1989. Under the terms of the Sanctuaire’s by-laws in the declaration of co-ownership, the balconies of individual units, although constituting [TRANSLATION] “common portions” of the

où ils sont copropriétaires, afin de se conformer à leurs croyances religieuses. Ils ont été déboutés par les juridictions inférieures. En toute déférence, je ne peux souscrire à ces décisions et je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

De façon plus particulière, après avoir défini l’étendue de la liberté de religion et en quoi consiste une atteinte à ce droit, j’estime que la déclaration de copropriété porte atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par la *Charte* québécoise. Bien que l’intimé ait soulevé le droit de ses membres de jouir de leurs biens et leur droit à la sûreté de leur personne pour justifier son refus de permettre l’installation de souccahs, je conclus que l’atteinte portée à la liberté de religion des appelants est grave alors que celle causée aux droits des membres de l’intimé est minime. Par conséquent, j’estime que les appelants doivent être autorisés à installer des souccahs sur leur balcon respectif, pourvu que ces souccahs ne soient laissés là que pendant la période limitée nécessaire — en l’espèce neuf jours —, qu’elles laissent un passage suffisant comme voie d’évacuation et qu’elles respectent, autant que possible, l’esthétique générale de l’immeuble. Je conclus également que l’argument selon lequel les appelants ont renoncé à leur droit à la religion n’est pas fondé dans les circonstances, et que, en signant la déclaration de copropriété, les appelants n’ont pas implicitement accepté de ne pas installer de souccah sur leur balcon.

II. Les faits

Les appelants, qui sont tous des Juifs orthodoxes, détiennent en copropriété divise des appartements à « Place Northcrest », deux immeubles luxueux faisant partie du « Sanctuaire du Mont-Royal » (le « Sanctuaire »), ensemble immobilier plus vaste situé à Montréal. Moïse Amselem vit au Sanctuaire avec son épouse Gladys Bouhadana depuis 1996. Gabriel Fonfeder y habite depuis 1994 et, au moment où les procédures ont été engagées, Thomas Klein — fils de l’appellant Antal Klein — y vivait depuis 1989. Comme le précise le règlement du Sanctuaire, qui est incorporé dans la déclaration de copropriété, bien que les balcons des appartements soient des « parties communes » de l’immeuble, « l’usage

immovable, are nonetheless reserved to the [TRANSLATION] “exclusive use” of the co-owners of the units to which they are attached.

In late September 1996, Mr. Amselem, at the time a new resident of the Sanctuaire, set up a “succah” on his balcony for the purposes of fulfilling a biblically mandated obligation during the Jewish religious festival of Succot. A succah is a small enclosed temporary hut or booth, traditionally made of wood or other materials such as fastened canvas, and open to the heavens, in which, it has been acknowledged, Jews are commanded to “dwell” temporarily during the festival of Succot, which commences annually with nightfall on the fifteenth day of the Jewish month of Tishrei. This nine-day festival, which begins in late September or early- to mid-October, commemorates the 40-year period during which, according to Jewish tradition, the Children of Israel wandered in the desert, living in temporary shelters.

Under the Jewish faith, in commemoration of the festival’s historical connection and as a symbolic demonstration of their faith in the divine, Jews are obligated to dwell in these succahs, as their ancestors did in the desert. Orthodox Jews observe this biblically mandated commandment of “dwelling” in a succah by transforming the succah into the practitioner’s primary residence for the entire holiday period. They are required to take all their meals in the succah; they customarily conduct certain religious ceremonies in the succah; they are required, weather permitting, to sleep in the succah; and they are otherwise required to generally make the succah their primary abode for the entirety of the festival period, health and weather permitting.

Technically, a succah must minimally consist of a three-walled, open-roofed structure which must meet certain size specifications in order to fulfill the biblical commandment of dwelling in it properly according to the requirements of the Jewish faith. While a succah is usually festively decorated interiorly, there are no aesthetic requirements as to its exterior appearance.

exclusif » du balcon attenant à un appartement est néanmoins réservé au copropriétaire de cet appartement.

À la fin de septembre 1996, M. Amselem — qui résidait depuis quelques mois au Sanctuaire — a installé une « souccah » sur son balcon pour se conformer à une obligation imposée par la Bible pendant la fête religieuse juive du Souccoth. Une souccah est une petite hutte ou cabane temporaire close. Elle est faite de bois ou d’un autre matériau robuste, comme une grosse toile fixe, et son toit doit laisser entrevoir le ciel. Les Juifs, est-il admis, sont tenus d’« habiter » temporairement cette cabane pendant les neuf jours de la fête du Souccoth, qui commence chaque année dès le coucher du soleil le quinzième jour du mois de Tishri du calendrier juif. Cette fête de neuf jours, qui commence soit vers la fin septembre, soit au début d’octobre ou encore à la mi-octobre, commémore les 40 années de pérégrinations du peuple d’Israël dans le désert, période pendant laquelle il vivait dans des abris temporaires.

Selon la foi juive, pour célébrer l’importance historique de cette fête et pour manifester symboliquement leur foi dans l’être divin, les Juifs ont l’obligation d’habiter dans ces souccahs tout comme l’ont fait leurs ancêtres dans le désert. Les Juifs orthodoxes observent ce commandement de la Bible en faisant de la souccah leur résidence principale pendant toute la période que dure cette fête. Ils sont tenus de prendre tous leurs repas dans la souccah; ils y célèbrent habituellement certaines cérémonies religieuses; si la température le permet, ils y dorment; enfin, ils sont à tous égards généralement tenus de faire de la souccah leur résidence principale pendant toute la durée de la fête, si leur santé et la température le permettent.

Du point de vue matériel, la souccah doit au minimum compter trois murs, un toit à claire-voie et respecter les dimensions prescrites, de manière à permettre aux intéressés d’observer le commandement de la Bible et de l’habiter en conformité avec les exigences de la foi juive. Alors que l’intérieur de la souccah est généralement décoré, l’extérieur n’est soumis à aucune exigence esthétique.

5

6

7

8

During the first two and last two days of the Succot holiday, as well as during any intermittent Saturday, Orthodox Jews are normally forbidden from *inter alia* turning electricity on or off and riding in cars or elevators. Similarly, during the Saturday(s) falling within the nine-day festival, Orthodox Jews are forbidden from carrying objects outside of their private domiciles in the absence of a symbolic enclosure, or *eruv*.

9

After Mr. Amselem put up his succah in September 1996, the syndicate of co-ownership, Syndicat Northcrest (the “respondent” or “Syndicat”), requested its removal, claiming the succah was in violation of the Sanctuaire’s by-laws as stated in the declaration of co-ownership, which *inter alia* prohibited decorations, alterations and constructions on the Sanctuaire’s balconies:

[TRANSLATION]

2.6.3 Balconies, porches and patios — the owner of each exclusive portion (dwelling unit) with a door leading to a balcony, porch or patio adjoining his or her exclusive portion (dwelling unit) has the personal and exclusive use of the balcony, or of the portion of the porch adjoining his or her exclusive portion, subject to the following rules:

- a) On porches, an area at least as wide as is required under fire safety by-laws must be kept free of garden furniture and other accessories, as the porches serve as emergency exits.
- b) No owner may enclose or block off any balcony, porch or patio in any manner whatsoever or erect thereon constructions of any kind whatsoever.

Perpetual rights of way for emergency situations (including elevator breakdowns) are hereby created in favour of all the above-mentioned exclusive portions (dwelling units), the dominant land, on the common portions, namely every porch, balcony, terrace or patio, the servient lands.

6.5 UNIFORMITY OF DÉCOR IN THE BUILDING

Entrance doors to the exclusive portions (dwelling units), windows, painted exterior surfaces and, in general,

Les deux premiers et deux derniers jours du Souccoth, ainsi que les samedis durant cette période, il est normalement interdit aux Juifs orthodoxes, entre autres choses, d’allumer ou d’éteindre l’électricité, de circuler en automobile ou d’utiliser les ascenseurs. De même, tous les samedis durant ces neuf jours de fête, les Juifs orthodoxes ne peuvent transporter d’objets à l’extérieur de leur domicile en l’absence d’une enceinte symbolique appelée *érouv*.

Après l’installation par M. Amselem de sa soucchah en septembre 1996, le syndicat des copropriétaires, le Syndicat Northcrest (l’« intimé » ou le « Syndicat »), a demandé le démantèlement de la soucchah parce qu’elle contrevenait au règlement du Sanctuaire faisant partie de la déclaration de copropriété, qui interdit notamment d’installer des décorations sur les balcons du Sanctuaire, d’apporter des modifications à ceux-ci et d’y faire des constructions :

2.6.3 Balcons, galeries et patios — le propriétaire de chaque partie exclusive (unité de logement) de laquelle une porte conduit à un balcon, une galerie ou un patio appartenant à sa partie exclusive (unité de logement) a l’usage particulier et exclusif de ce balcon, ou la partie contiguë à sa partie exclusive de cette galerie, sous réserve des règles ci-après établies :

- a) pour ce qui est des galeries, elles devront être laissées libres de meubles de jardins et autres accessoires sur une largeur au moins égale aux exigences des règlements d’incendie, ces galeries constituant des sorties de secours en cas d’urgence;
- b) pour ce qui est des balcons, patios et des galeries, aucun propriétaire n’aura le droit de les fermer ou de les isoler de quelque façon que ce soit ou d’y faire des constructions de quelque nature que ce soit;

et par les présentes, des servitudes perpétuelles de droit de passage en cas d’urgence (y inclus des pannes d’ascenseurs) sont créées en faveur de toutes les parties exclusives ci-dessus mentionnées (unités de logement), comme fonds dominant, contre les parties communes constituant chacune des galeries, balcons, terrasses ou patios comme fonds servants.

6.5 UNIFORMITÉ DE LA DÉCORATION DANS L’ÉDIFICE

Les portes d’entrée des parties exclusives (unités de logement), les fenêtres, les surfaces extérieures peintes

any exterior elements contributing to the overall harmony of the building's appearance may under no circumstances be altered, even if they are part of the limited common portions, without first obtaining the written permission of the Board of Directors, who themselves must first obtain the approval of the co-owners at a general meeting.

6.16 EXTERIOR DECORATIONS PROHIBITED

Co-owners may not decorate, paint or alter the exterior of the exclusive portions in any way whatsoever without first obtaining the written consent of the Board of Directors, subject to any exceptions provided for in this declaration.

9.3 BALCONIES AND PORCHES

Subject to the law and to this declaration, each co-owner having exclusive use of a balcony or a portion of a porch adjoining his or her exclusive portion (dwelling unit), as provided for in clause 2.6.3, shall keep said balcony or portion of the porch clean. The co-owner having exclusive use of said balcony or portion of the porch is solely responsible for the day-to-day maintenance thereof. However, the Board of Directors is responsible for the replacement of or repairs to said balconies and porches as a common expense, unless the balcony or porch must be repaired or replaced because of the fault or negligence of a co-owner or someone for whom that co-owner is legally responsible, in which case the costs and expenses of any repairs or replacement shall be assumed by the co-owner in question.

Furthermore, subject to acts and regulations of general application, nothing other than usual outdoor furniture may be left or stored on a balcony or porch without first obtaining permission in writing from the Board of Directors. Under no circumstances may balconies or porches be used for drying laundry, towels, etc.

No balcony or porch may be decorated, covered, enclosed or painted in any way whatsoever without the prior written permission of the co-owners or the Board of Directors, as the case may be.

None of the appellants had read the declaration of co-ownership prior to purchasing or occupying their individual units.

Mr. Fonfeder similarly placed a succah on his balcony in September 1996, but received no notice or complaint.

A year later, on October 6, 1997, and pursuant to the regulations in the declaration of co-owner-

et, en général, tous les éléments extérieurs contribuant à l'harmonie de l'ensemble, ne peuvent en aucun cas être modifiés, même s'ils font partie des parties communes limitées, sans l'autorisation écrite préalable des administrateurs ayant eux-mêmes obtenu l'approbation des copropriétaires en assemblée.

6.16 AUCUNE DÉCORATION EXTÉRIEURE

L'extérieur des parties exclusives ne peut être décoré, peinturé ou modifié par les copropriétaires, de quelque façon que ce soit, sans le consentement écrit préalable des administrateurs, à moins d'une exception spécifiquement contenue dans la présente déclaration.

9.3 BALCONS ET GALERIES

Sujet aux dispositions de la loi et de la présente déclaration, chaque copropriétaire ayant l'usage exclusif d'un balcon ou d'une partie de galerie attachée à sa partie exclusive (unité de logement), tel que ci-dessus prévu à l'article 2.6.3, doit conserver ce balcon et cette partie de galerie propre. L'entretien quotidien de ce balcon et de cette partie de galerie est la responsabilité exclusive du propriétaire en ayant l'usage exclusif. Toutefois, le remplacement et la réparation de ces balcons et galeries sont effectués par les administrateurs comme dépense commune excepté si une réparation à un balcon ou galerie ou son remplacement est causé par la faute ou la négligence d'un copropriétaire ou par quelqu'un dont il est légalement responsable, auquel cas les frais et déboursés de toute réparation ou remplacement sont à la charge du propriétaire en question.

De plus sous réserve des dispositions des lois et règlements d'application générale, rien ne peut être placé ou entreposé sur un balcon ou galerie, autre que du mobilier usuel d'extérieur, sans l'approbation écrite préalable des administrateurs. Les balcons et galeries ne peuvent en aucun cas être utilisés pour faire sécher de la lessive, des serviettes, etc.

Aucun balcon ou galerie ne peut être décoré, couvert, fermé ou peinturé de quelque manière que ce soit, sans le consentement écrit préalable des copropriétaires ou des administrateurs selon le cas.

Aucun des appelants n'avait lu la déclaration de copropriété avant d'acheter son appartement respectif ou d'y emménager.

Monsieur Fonfeder a lui aussi installé sur son balcon, en septembre 1996, une souccah, mais il n'a reçu aucun avis ni plainte.

L'année suivante, le 6 octobre 1997, conformément au règlement figurant dans la déclaration de

ship, Mr. Amselem requested permission from the Syndicat to set up a succah on, and thus enclose part of, his balcony to celebrate the same holiday of Succot. The Syndicat refused, invoking the restrictions in the declaration of co-ownership.

12 . As the holiday was imminent, Mr. Amselem, of his own accord and in his personal capacity, contacted the Canadian Jewish Congress (which incidentally represented that it is not an organization that claims to be expert in matters of Jewish law) to intervene with the Syndicat in order to help facilitate a temporary solution for the upcoming holiday.

13 In a letter dated October 10, 1997, the Syndicat proposed to allow Mr. Amselem, in conjunction with the other Orthodox Jewish residents of the building, including the appellants Mr. Fonfeder and Mr. Klein, to set up a communal succah in the Sanctuaire's gardens.

14 In their October 14, 1997 letter to the Syndicat, the appellants expressed their dissatisfaction with the respondent's proposed accommodation. They explained why a communal succah would not only cause extreme hardship with their religious observance, but would also be contrary to their personal religious beliefs which, they claimed, called for "their own succah, each on his own balcony".

15 In their letter, the appellants implored the Syndicat to accede to their request and permit their own individual succahs, which they undertook to set up "in such a way that they would not block any doors, would not obstruct fire lanes, [and] would pose no threat to safety or security in any way". The Syndicat refused their request.

16 Each of the appellants nonetheless proceeded to set up a succah on his or her balcony. Apart from Mr. Amselem and Mr. Fonfeder in September 1996, the appellants in this appeal had not set up succahs on their balconies at the Sanctuaire in prior years; in

copropriété, M. Amselem a demandé au Syndicat l'autorisation d'installer une souccah sur son balcon, fermant ainsi partiellement celui-ci, à l'occasion encore de la fête du Souccoth. Le Syndicat a refusé cette demande, invoquant les restrictions prévues par la déclaration de copropriété.

La fête approchant à grands pas, M. Amselem, de son propre chef et à titre personnel, a communiqué avec le Congrès juif canadien (qui, soit dit en passant, a mentionné qu'il n'était pas une organisation prétendant être expert de la loi juive) pour qu'il intercède auprès du Syndicat afin d'aider à trouver une solution temporaire en vue de la fête qui approchait.

Dans une lettre datée du 10 octobre 1997, le Syndicat a proposé de permettre à M. Amselem, ainsi qu'aux autres résidents juifs orthodoxes de l'immeuble — y compris les appelants MM. Fonfeder et Klein —, d'installer une souccah commune dans les jardins du Sanctuaire.

Dans leur lettre du 14 octobre 1997 adressée au Syndicat, les appelants ont exprimé leur insatisfaction quant à la mesure d'accommodement proposée par l'intimé. Ils ont expliqué pourquoi une souccah commune aurait pour effet non seulement de leur créer des difficultés excessives dans l'observance de leur religion, mais également d'aller à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles qui, ont-ils affirmé, requièrent qu'ils installent [TRADUCTION] « chacun leur propre souccah, sur leur propre balcon ».

Dans leur lettre, les appelants ont imploré le Syndicat d'accéder à leur demande et de permettre à chacun d'installer sa propre souccah, laquelle, disaient-ils, serait construite [TRADUCTION] « de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie, [et] à ne compromettre d'aucune façon la sécurité ». Le Syndicat a rejeté leur demande.

Chaque appelant a néanmoins installé une souccah sur son balcon. À part MM. Amselem et Fonfeder en septembre 1996, les autres appelants au présent pourvoi n'avaient jamais par le passé installé de souccahs sur leur balcon au Sanctuaire. Au cours

those years they had celebrated the holiday as guests with family and friends, using their hosts' succahs.

In response, the respondent Syndicat filed an application for permanent injunction prohibiting the appellants from setting up succahs and, if necessary, permitting their demolition. The application was granted by the Superior Court on June 5, 1998.

III. Relevant Legislative Provisions

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.

He also possesses juridical personality.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q.")

1039. Upon the publication of the declaration of co-ownership, the co-owners as a body constitute a legal person, the objects of which are to preserve the immovable, to maintain and manage the common portions, to protect the rights appurtenant to the immovable or the co-ownership and to take all measures of common interest.

The legal person is called a syndicate.

1056. No declaration of co-ownership may impose any restriction on the rights of the co-owners except restrictions justified by the destination, characteristics or location of the immovable.

1063. Each co-owner has the disposal of his fraction; he has free use and enjoyment of his private portion and

des années antérieures, ils avaient célébré la fête du Souccoth chez des parents et des amis, utilisant la souccah de leur hôte respectif.

Le Syndicat intimé a répliqué en sollicitant une injonction permanente qui interdirait aux appelants d'installer des souccahs et, au besoin, autoriserait la démolition des souccahs existantes. La demande a été accueillie par la Cour supérieure le 5 juin 1998.

III. Dispositions législatives pertinentes

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.

Il possède également la personnalité juridique.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.C.Q. »)

1039. La collectivité des copropriétaires constitue, dès la publication de la déclaration de copropriété, une personne morale qui a pour objet la conservation de l'immeuble, l'entretien et l'administration des parties communes, la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble ou à la copropriété, ainsi que toutes les opérations d'intérêt commun.

Elle prend le nom de syndicat.

1056. La déclaration de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires, sauf celles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères ou sa situation.

1063. Chaque copropriétaire dispose de sa fraction; il use et jouit librement de sa partie privative et des

17

18

of the common portions, provided he observes the by-laws of the immovable and does not impair the rights of the other co-owners or the destination of the immovable.

IV. Judicial History

A. *Superior Court*, [1998] R.J.Q. 1892

19 Rochon J. found that the text of the declaration of co-ownership clearly prohibited the appellants from setting up succahs on their balconies (at p. 1899):

[TRANSLATION] Whether or not the succah is considered a construction is of little consequence. Enclosing, blocking off or decorating a balcony or patio in any way whatsoever is prohibited. In short, apart from the usual outdoor furniture, owners may not make any alterations to the exterior. They may not place anything whatsoever outside. When considered as a whole, these restrictions demonstrate a clear intent to maintain the original condition and uniform appearance of the building's exterior.

20 He further held that the restrictions were justified by the destination of the immovable, its characteristics or its location, as required by art. 1056 C.C.Q. He was also satisfied that, contrary to the appellants' contention, the Syndicat had applied the declaration of co-ownership in a uniform manner.

21 Rochon J. went on to consider whether the appellants' rights had been infringed by the effects of the declaration of co-ownership. He asserted that in order for a contractual clause to infringe an individual's freedom of religion, [TRANSLATION] "the impugned contractual clause must, whether directly or by adverse effect, either compel individuals to do something contrary to their religious beliefs or prohibit them from doing something regarded as mandatory by their religion" (p. 1905). According to Rochon J., a claimant must prove that a practice is required by the official teachings of his or her religion in order for it to be protected as freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter*. It is not sufficient that a claimant possess a sincere belief that a particular practice is required (at p. 1907):

[TRANSLATION] Freedom of religion can be relied on only if there is a connection between the right asserted by

parties communes, à la condition de respecter le règlement de l'immeuble et de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure*, [1998] R.J.Q. 1892

Le juge Rochon a conclu, à la p. 1899, que le libellé de la déclaration de copropriété interdisait clairement aux appelants d'installer une souccah sur leur balcon respectif :

Que la souccah soit considérée comme une construction ou non, cela importe peu. Il n'est pas permis de fermer, d'isoler ou de décorer un balcon, un patio, de quelque manière que ce soit. Bref, sauf pour du mobilier usuel extérieur, le propriétaire ne peut apporter aucune modification extérieure. Il ne peut y placer quoi que ce soit. Les restrictions, lues dans leur ensemble, font voir une volonté non équivoque d'uniformité et du maintien de l'apparence extérieure de l'immeuble dans sa condition originale.

Il a en outre estimé que les restrictions étaient justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères ou sa situation, comme l'exige l'art. 1056 C.c.Q. Le juge était également convaincu que, contrairement aux prétentions des appelants, le Syndicat avait appliqué la déclaration de copropriété de manière uniforme.

Le juge Rochon s'est ensuite demandé si la déclaration de copropriété avait, de par ses effets, porté atteinte aux droits des appelants. Il a indiqué que, pour qu'elle porte atteinte à la liberté de religion, « la clause contractuelle attaquée doit, soit directement ou par effet préjudiciable, contraindre une personne à agir contrairement à sa conviction religieuse, soit lui interdire de poser un geste considéré obligatoire par sa religion » (p. 1905). De l'avis du juge Rochon, pour qu'une pratique soit protégée par la liberté de religion en vertu de l'art. 3 de la *Charte* québécoise, le demandeur doit démontrer que cette pratique est prescrite par les enseignements officiels de sa religion. Il ne suffit pas que le demandeur croie sincèrement qu'une pratique donnée est requise (p. 1907) :

[P]our pouvoir invoquer la liberté de religion, il doit exister un rapport entre le droit revendiqué dans la façon de

a person to practise his or her religion in a given way and what is considered mandatory pursuant to the religious teaching upon which the right is based. A sincere belief must be supported by the existence of a religious precept. How the teaching is observed may vary and may not necessarily correspond to how most believers perform their religious obligations. Nonetheless, the rite must have a rational, reasonable and direct connection with the teaching. How a believer performs his or her religious obligations cannot be grounded in a purely subjective personal understanding that bears no relation to the religious teaching as regards both the belief itself and how the belief is to be expressed (the rite).

After reviewing the evidence, Rochon J., relying primarily on the testimony of the Syndicat's witness, Rabbi Barry Levy, asserted, at p. 1909, [TRANSLATION] "that there is no religious obligation requiring practising Jews to erect their own succahs", and that [TRANSLATION] "[t]here is no commandment as to where they must be erected".

In reaching this conclusion, Rochon J. explicitly stated that he favoured the opinion of the Syndicat's witness, Rabbi Levy, to that of Rabbi Moïse Ohana, the witness called by the appellants, whose testimony as to the nature of the biblical commandment, he felt, resulted in a standard that was too subjective.

Rochon J. thus reasoned that the restrictions in the declaration of co-ownership did not prevent the appellants from fulfilling their objectively defined religious obligations and as such did not impair their freedom of religion. This he concluded, despite his findings, at p. 1909, that Mr. Amselem is [TRANSLATION] "the only one who saw the obligation to erect a succah on his own property in terms of a divine command", stemming from a sincere personal belief predicated upon Mr. Amselem's interpretation of the Bible, as per c. 8, verses 13 to 18 of the Book of Nehemiah.

Although Rochon J. concluded that the appellants had not established an infringement of their rights to freedom of religion, he went on to consider, for the sake of argument, whether such an interference could have been justified under s. 9.1 of

pratiquer sa religion et le contenu obligatoire de l'enseignement religieux sur lequel le droit se fonde. La sincérité de la croyance doit reposer sur l'existence d'un précepte religieux. La façon de respecter cet enseignement peut varier de même qu'il ne doit pas nécessairement correspondre à la façon dont la majorité s'acquitte de leurs devoirs religieux. Le rite doit toutefois conserver un lien rationnel, raisonnable et direct avec l'enseignement. La façon de remplir ses devoirs religieux ne peut relever d'une conception purement subjective du pratiquant sans relation avec l'enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et sur la façon de la manifester (rite).

Au terme de son examen de la preuve, s'appuyant principalement sur la déposition du témoin du Syndicat, le rabbin Barry Levy, le juge Rochon a affirmé « qu'il n'existe aucune obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa propre souccah » et qu'« [i]l n'y a aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être érigée » (p. 1909).

Ce faisant, le juge Rochon a expressément indiqué qu'il préférerait l'opinion du témoin du Syndicat, le rabbin Levy, à celle du témoin des appelants, le rabbin Moïse Ohana, dont la déposition concernant la nature du commandement biblique aboutissait, selon lui, à une norme trop subjective.

En conséquence, le juge Rochon a estimé que les restrictions énoncées dans la déclaration de copropriété n'empêchaient pas les appelants de respecter leurs obligations religieuses — définies objectivement — et, partant, ne portaient pas atteinte à la liberté de religion de ceux-ci. Il a conclu de la sorte, même s'il avait jugé que M. Amselem est « le seul qui conçoit en termes d'un commandement divin l'obligation de faire une souccah sur son propre terrain » (p. 1909), obligation qui découle d'une croyance personnelle sincère fondée sur la manière dont M. Amselem interprète les versets 13 à 18 du chapitre 8 du Livre de Néhémie, dans la Bible.

Malgré sa conclusion selon laquelle les appelants n'avaient pas prouvé d'atteinte à leur droit à la liberté de religion, le juge Rochon s'est ensuite demandé, pour les besoins de la discussion, si une telle atteinte pouvait être justifiée au regard de

22

23

24

25

the Quebec *Charter*. He concluded that any interference with the appellants' rights to freedom of religion was justified by the objectives of protecting the aesthetic value of the property and, alternatively, the security of co-owners in the event of a fire.

26 Rochon J. held that since the appellants had not established an infringement of their freedom of religion, there could be no discrimination within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*. Nevertheless, he went on to consider, again for the sake of argument, whether, in the event that the appellants had established a *prima facie* case of discrimination, the respondent would have satisfied its duty to accommodate. He concluded that the accommodation proposed by the respondent — that of a communal succah — was reasonable, whereas the appellants were not willing to compromise in order to reach an acceptable solution.

27 Having found that the impugned by-laws were not in violation of the Quebec *Charter*, Rochon J. granted the respondent's request and issued a permanent injunction prohibiting succahs on the appellants' balconies and requiring their removal, if necessary.

B. *Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 906

28 Dalphond J. (*ad hoc*), for the majority, agreed with the trial judge and held that, although the impugned provisions of the declaration of co-ownership restrict the appellants' rights by prohibiting succahs on their balconies, those restrictions were valid under art. 1056 C.C.Q. He believed that when the appellants signed the declaration of co-ownership they had effectively waived their rights to freedom of religion. According to Dalphond J., it was nonetheless open to the appellants to show that the Sanctuaire's by-laws were discriminatory under s. 10 and thus void under s. 13 of the Quebec *Charter*, which protects an individual from discrimination in a juridical act, such as a contract.

l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. À son avis, toute atteinte au droit des appelants à la liberté de religion était justifiée soit par l'objectif consistant à protéger la valeur esthétique de l'immeuble, soit par celui consistant à assurer la sécurité des copropriétaires en cas d'incendie.

Comme les appelants n'avaient pas établi l'existence d'une atteinte à leur liberté de religion, le juge Rochon a estimé qu'il ne pouvait y avoir discrimination au sens de l'art. 10 de la *Charte* québécoise. Il s'est néanmoins demandé, encore une fois pour les besoins de la discussion, si, à supposer que les appelants aient apporté une preuve *prima facie* de discrimination, l'intimé aurait satisfait à son obligation d'accommodement. Il a conclu que l'intimé avait proposé une mesure d'accommodement raisonnable — l'installation d'une succah commune —, alors que les appelants n'étaient disposés à aucun compromis en vue de trouver une solution acceptable.

Vu sa conclusion portant que le règlement contesté ne contrevenait pas à la *Charte* québécoise, le juge Rochon a accueilli la requête de l'intimé et prononcé une injonction permanente interdisant aux appelants d'installer des succahs sur leur balcon respectif et, le cas échéant, leur intimant de démanteler celles qui s'y trouvaient.

B. *Cour d'appel*, [2002] R.J.Q. 906

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Dalphond (*ad hoc*) s'est rangé à l'avis du juge de première instance et a conclu que, bien que les clauses contestées de la déclaration de copropriété restreignent les droits des appelants en leur interdisant d'installer des succahs sur leurs balcons, ces restrictions étaient valides au regard de l'art. 1056 C.c.Q. Il a estimé que, en signant la déclaration de copropriété, les appelants avaient dans les faits renoncé à leur droit à la liberté de religion. De l'avis du juge Dalphond, les appelants pouvaient néanmoins tenter de démontrer que le règlement du Sanctuaire créait de la discrimination en contravention de l'art. 10 de la *Charte* québécoise et était en conséquence sans effet par application de l'art. 13 du même texte, disposition qui protège toute personne contre la discrimination dans un acte juridique, par exemple un contrat.

Dalphond J. reasoned that the impugned provisions were neutral in application since they affected all residents equally in prohibiting all “constructions” on balconies and as such he concluded that the restrictions in the declaration of co-ownership did not create a distinction based on religion.

Dalphond J. stated that even if he had found a distinction, it would not have had the effect of “nullifying or impairing” the appellants’ rights to freedom of religion, and thus would not have amounted to discrimination within the meaning of s. 10, since the appellants were not religiously obligated to have succahs on their balconies. According to Dalphond J., since there was no discrimination in this case, it was not necessary to examine the duty to accommodate. Nor did he believe it necessary to apply s. 9.1 of the Quebec *Charter* since he reasoned that s. 9.1 is not applicable to an analysis under ss. 10 and 13 of the Quebec *Charter*. Dalphond J. therefore dismissed the appeal. Baudouin J.A. agreed with Dalphond J.’s reasons.

Morin J.A., in a concurring opinion, found that Rochon J. had adopted an interpretation of freedom of religion that was unduly restrictive. After considering the meaning of freedom of religion as articulated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, he wrote, at para. 32:

[TRANSLATION] According to that case, it is the sincerity of the individual’s beliefs as dictated by his or her own conscience that must be considered when he or she relies on freedom of religion to justify an act or a refusal to act. It matters little that those beliefs may be erroneous in relation to the official teachings of the leaders of the religious community to which the individual belongs.

Morin J.A. found that the appellants sincerely believed they must set up their own succah (at para. 33):

[TRANSLATION] The evidence shows that the appellants sincerely believe, based in particular on the Bible, Book of Nehemiah, Chapter 8, verses 13 to 18, that they must erect their own succahs and dwell in them for

Suivant le raisonnement du juge Dalphond, l’application des clauses contestées produit un effet neutre, car elles touchent tous les résidents également du fait qu’elles interdisent de faire des « constructions » de quelque nature que ce soit sur les balcons. Il a en conséquence conclu que les restrictions imposées par la déclaration de copropriété ne créaient pas de distinction fondée sur la religion.

Le juge Dalphond a affirmé que, même s’il avait conclu à l’existence d’une distinction, celle-ci n’aurait pas eu pour effet « de détruire ou de compromettre » le droit des appelants à la liberté de religion et, par conséquent, elle n’aurait pas constitué de la discrimination au sens de l’art. 10, puisque les appelants n’étaient pas tenus par leur religion d’avoir une succah sur leur balcon. Le juge Dalphond a estimé que, vu l’absence de discrimination, il n’était pas nécessaire de se pencher sur l’obligation d’accommodement. Il n’a pas non plus considéré qu’il était nécessaire d’appliquer l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise, cet article étant à son avis inapplicable à l’analyse fondée sur les art. 10 et 13 de la *Charte* québécoise. Le juge Dalphond a en conséquence rejeté l’appel, le juge Baudouin souscrivant à ses motifs.

Dans une opinion concourante, le juge Morin a estimé que le juge Rochon avait interprété la liberté de religion de façon indûment restrictive. Après avoir examiné le sens donné à cette liberté dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Morin a écrit ceci, au par. 32 :

Il ressort de cet arrêt que c’est la sincérité des croyances dictées à un individu par sa propre conscience qu’il importe de considérer, lorsqu’un tel individu invoque la liberté de religion pour poser un geste ou refuser de le faire. Le fait que ces croyances seraient erronées par rapport à l’enseignement officiel donné par les dirigeants de la communauté religieuse à laquelle se rattache cet individu importe peu.

Le juge Morin a conclu, au par. 33, que les appelants croient sincèrement qu’ils doivent installer leur propre succah :

De fait, il ressort de la preuve que les appelants croient sincèrement, en s’appuyant notamment sur les versets 13 à 18 du chapitre 8 du Livre de Néhémie, dans la Bible, qu’ils doivent ériger leur propre succah et y habiter

29

30

31

32

several days during the festival of Succot. In accordance with the principle of freedom of religion, they should normally be able to do so, but the above-quoted clauses of the declaration of co-ownership, by banning the erection of succahs on the balconies or terraces adjoining their dwelling units, bar them, in practice, from doing what they would like to do.

He therefore found that the impugned provisions of the declaration of co-ownership infringed the appellants' rights to freedom of religion under s. 3 of the *Quebec Charter*.

33

Having found the appellants' rights to freedom of religion had been infringed, Morin J.A. concluded that the impugned provisions discriminated against the appellants. He then went on to consider the duty to accommodate, in light of this Court's decisions in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("Meiorin"), and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868. Morin J.A. applied all three steps of the test set out in *Meiorin* and concluded that (1) the respondent's goal in establishing restrictions was rationally linked to the goal of administrating the building, in accordance with art. 1039 C.C.Q., and (2) the restrictions had been enacted on the basis of a *bona fide* belief that they were necessary to fulfil its mandate, in accordance with art. 1056 C.C.Q. As for undue hardship, Morin J.A. wrote, at para. 64:

[TRANSLATION] In my view, the trial judge made no serious error that would justify the intervention of our court. On the contrary, it was the intransigent attitude adopted by the appellants that made any accommodation practically impossible, as they systematically refused every proposal that did not strictly meet their requirements.

34

Morin J.A. felt that this "intransigence" on the part of the appellants discharged the respondent from any obligation of accommodation more than the communal succah already proposed, which he felt was reasonable under the circumstances. In the end, Morin J.A. believed the respondent would suffer undue hardship if it were forced to fully

pendant quelques jours durant la fête de Souccot. En vertu du principe de la liberté de religion, ils doivent normalement pouvoir poser ces gestes. Or, les dispositions de la déclaration de copropriété déjà citées les empêchent, en pratique, d'agir comme ils le souhaiteraient, en leur interdisant d'ériger une souccah sur le balcon ou la terrasse jouxtant leur unité de logement.

Il a en conséquence jugé que les clauses contestées de la déclaration de copropriété portaient atteinte à la liberté de religion des appelants, droit que leur reconnaît l'art. 3 de la *Charte québécoise*.

Ayant estimé qu'il avait été porté atteinte à la liberté de religion des appelants, le juge Morin a conclu que les clauses contestées étaient discriminatoires à l'égard de ceux-ci. Il a ensuite examiné l'obligation d'accommodement à la lumière des arrêts suivants de notre Cour : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« Meiorin »), et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Appliquant les trois étapes du critère établi dans l'arrêt *Meiorin*, le juge Morin a considéré que (1) les restrictions avaient été établies par l'intimé dans un but rationnellement lié à l'administration de l'immeuble, conformément à l'art. 1039 C.c.Q. et que (2) les restrictions avaient été imposées sur la base d'une croyance sincère qu'elles étaient nécessaires pour lui permettre de s'acquitter de son mandat, conformément à l'art. 1056 C.c.Q. Quant à la question des contraintes excessives, le juge Morin a tenu les propos suivants au par. 64 :

Pour ma part, je ne vois aucune erreur sérieuse commise par le juge de première instance qui autoriserait notre cour à intervenir à cet égard. Au contraire, c'est l'attitude intransigeante adoptée par les appelants qui a rendu pratiquement impossible tout accommodement, ceux-ci refusant systématiquement toute proposition qui ne rencontrait pas strictement leurs exigences.

Le juge Morin a estimé que cette « intransigence » des appelants avait dispensé l'intimé de toute obligation d'accommodement autre que la proposition déjà faite d'établir une souccah commune, proposition qu'il considérait raisonnable dans les circonstances. En définitive, le juge Morin était d'avis que l'intimé subirait des difficultés

accommodate the appellants. He therefore agreed with Dalphond J. to dismiss the appeal.

V. Issues

In my view, the key issues before us are: (1) whether the clauses in the by-laws of the declaration of co-ownership, which contained a general prohibition against decorations or constructions on one's balcony, infringe the appellants' freedom of religion protected under the *Quebec Charter*; (2) if so, whether the refusal by the respondent to permit the setting up of a succah is justified by its reliance on the co-owners' rights to enjoy property under s. 6 of the *Quebec Charter* and their rights to personal security under s. 1 thereof; and (3) whether the appellants waived their rights to freedom of religion by signing the declaration of co-ownership.

VI. Analysis

In my view, apart from the content and scope of freedom of religion, the interplay of the rights in the *Quebec Charter* is governed by its unique content and structure. In the reasons that follow, I begin with an analysis of freedom of religion. I then briefly go on to discuss the respondent's justification in limiting the exercise of religious freedom in this case.

A. *Freedom of Religion*

The analysis that follows sets out the principles that are applicable in cases where an individual alleges that his or her freedom of religion is infringed under the *Quebec Charter* or under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my view, the trial judge and the majority of the Court of Appeal took, with respect, an unduly restrictive view of freedom of religion.

(1) Definition of Religious Freedom

Section 3 of the *Quebec Charter*, which applies in both the private and public law context, states:

excessives s'il était contraint d'accommoder les appelants à tous égards. Il a donc souscrit à la décision du juge Dalphond de rejeter l'appel.

V. Les questions en litige

Voici, à mon avis, les questions fondamentales dont nous sommes saisis : (1) Les dispositions du règlement figurant dans la déclaration de copropriété qui prohibent généralement toute décoration ou construction sur les balcons portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par la *Charte québécoise*? (2) Dans l'affirmative, est-ce que le refus de l'intimé de permettre l'installation de souccahs est justifié par son argument fondé sur le droit des copropriétaires à la jouissance de leurs biens, garanti par l'art. 6 de la *Charte québécoise* et sur le droit de ceux-ci à la sûreté de leur personne, protégé par l'art. 1 de la *Charte québécoise*? (3) Les appelants ont-ils renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété?

VI. Analyse

À mon avis, indépendamment du contenu et de l'étendue de la liberté de religion, l'interaction des droits garantis par la *Charte québécoise* est régie par la structure et la teneur particulières de ce texte. Dans les motifs qui suivent, je vais d'abord analyser la liberté de religion, puis examiner brièvement la justification invoquée par l'intimé pour limiter l'exercice de cette liberté en l'espèce.

A. *Liberté de religion*

Dans l'analyse qui suit, je fais état des principes applicables lorsqu'une personne prétend qu'il a été porté atteinte à la liberté de religion que lui garantit la *Charte québécoise* ou la *Charte canadienne des droits et libertés*. À mon sens, et cela dit en toute déférence, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont donné à la liberté de religion une interprétation indûment restrictive.

(1) Définition de la liberté de religion

L'article 3 de la *Charte québécoise*, qui s'applique tant dans les domaines privé que public, est rédigé ainsi :

35

36

37

38

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

39

In order to define religious freedom, we must first ask ourselves what we mean by “religion”. While it is perhaps not possible to define religion precisely, some outer definition is useful since only beliefs, convictions and practices rooted in religion, as opposed to those that are secular, socially based or conscientiously held, are protected by the guarantee of freedom of religion. Defined broadly, religion typically involves a particular and comprehensive system of faith and worship. Religion also tends to involve the belief in a divine, superhuman or controlling power. In essence, religion is about freely and deeply held personal convictions or beliefs connected to an individual’s spiritual faith and integrally linked to one’s self-definition and spiritual fulfilment, the practices of which allow individuals to foster a connection with the divine or with the subject or object of that spiritual faith.

40

What then is the definition and content of an individual’s protected right to religious freedom under the Quebec (or the Canadian) *Charter*? This Court has long articulated an expansive definition of freedom of religion, which revolves around the notion of personal choice and individual autonomy and freedom. In *Big M, supra*, Dickson J. (as he then was) first defined what was meant by freedom of religion under s. 2(a) of the Canadian *Charter*, at pp. 336-37 and 351:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d’opinion, la liberté d’expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d’association.

Pour définir la liberté de religion, il faut d’abord se demander ce que l’on entend par « religion ». Bien qu’il ne soit peut-être pas possible de définir avec précision la notion de religion, une définition générale est utile puisque seules sont protégées par la garantie relative à la liberté de religion les croyances, convictions et pratiques tirant leur source d’une religion, par opposition à celles qui soit possèdent une source séculière ou sociale, soit sont une manifestation de la conscience de l’intéressé. Une religion s’entend typiquement d’un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l’existence d’une puissance divine, surhumaine ou dominante. Essentiellement, la religion s’entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l’individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s’épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l’individu de communiquer avec l’être divin ou avec le sujet ou l’objet de cette foi spirituelle.

Quels sont donc le contenu et la définition du droit à la liberté de religion garanti à chaque personne par la *Charte* québécoise (ou la *Charte* canadienne)? Notre Cour applique depuis longtemps une définition extensive de la liberté de religion qui repose sur les notions de choix personnel, d’autonomie et de liberté de l’individu. C’est dans l’arrêt *Big M*, précité, p. 336-337 et 351, que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a donné la première définition de la liberté de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte* canadienne, de la manière suivante :

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l’égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j’affirme cela sans m’appuyer sur l’art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l’être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement

implicated right so as to constitute an infringement of freedom of religion under the Quebec (or the Canadian) *Charter*.

58

More particularly, as Wilson J. stated in *Jones*, *supra*, writing in dissent, at pp. 313-14:

Section 2(a) does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion. [Emphasis added.]

Section 2(a) of the Canadian *Charter* prohibits only burdens or impositions on religious practice that are non-trivial. This position was confirmed and adopted by Dickson C.J. for the majority in *Edwards Books*, *supra*, at p. 759:

All coercive burdens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. . . . Section 2(a) does not require the legislatures to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 in order to justify legislation of that sort. . . . The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* Wilson J. at p. 314. [Emphasis added.]

59

It consequently suffices that a claimant show that the impugned contractual or legislative provision (or conduct) interferes with his or her ability to act in accordance with his or her religious beliefs in a

une atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte québécoise* (ou la *Charte canadienne*).

De façon plus particulière, comme l'a indiqué le juge Wilson dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Jones*, précité, p. 314 :

L'alinéa 2a) n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion. [Je souligne.]

L'alinéa 2a) de la *Charte canadienne* n'interdit que les entraves ou obstacles à une pratique religieuse qui ne sont pas négligeables. Cette position a été confirmée et adoptée par le juge en chef Dickson, qui s'exprimait pour la majorité dans *Edwards Books*, précité, p. 759 :

Toute entrave coercitive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a).

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. [. . .] L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative. [. . .] La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant : voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314. [Je souligne.]

Par conséquent, le demandeur n'a qu'à démontrer que la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité

require expert opinions to show sincerity of belief. An “expert” or an authority on religious law is not the surrogate for an individual’s affirmation of what his or her religious beliefs are. Religious belief is intensely personal and can easily vary from one individual to another. Requiring proof of the established practices of a religion to gauge the sincerity of belief diminishes the very freedom we seek to protect.

This approach to freedom of religion effectively avoids the invidious interference of the State and its courts with religious belief. The alternative would undoubtedly result in unwarranted intrusions into the religious affairs of the synagogues, churches, mosques, temples and religious facilities of the nation with value-judgment indictments of those beliefs that may be unconventional or not mainstream. As articulated by Professor Tribe, *supra*, at p. 1244, “an intrusive government inquiry into the nature of a claimant’s beliefs would in itself threaten the values of religious liberty”.

Thus, at the first stage of a religious freedom analysis, an individual advancing an issue premised upon a freedom of religion claim must show the court that (1) he or she has a practice or belief, having a nexus with religion, which calls for a particular line of conduct, either by being objectively or subjectively obligatory or customary, or by, in general, subjectively engendering a personal connection with the divine or with the subject or object of an individual’s spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials; and (2) he or she is sincere in his or her belief. Only then will freedom of religion be triggered.

(2) Infringement of Religious Freedom

Once an individual has shown that his or her religious freedom is triggered, as outlined above, a court must then ascertain whether there has been enough of an interference with the exercise of the

« obligations » religieuses, il ne convient pas d’exiger qu’il produise des opinions d’expert pour établir la sincérité de sa croyance. Un « expert » ou une autorité en droit religieux ne saurait remplacer l’affirmation par l’intéressé de ses croyances religieuses. Celles-ci ont un caractère éminemment personnel et peuvent facilement varier d’une personne à l’autre. Exiger la preuve des pratiques établies d’une religion pour apprécier la sincérité de la croyance diminue la liberté même que l’on cherche à protéger.

Cette interprétation de la liberté de religion permet dans les faits d’éviter que l’État et ses tribunaux ne s’ingèrent de façon indue dans les croyances religieuses. La solution inverse donnerait indubitablement lieu à des intrusions injustifiées dans les affaires religieuses des synagogues, églises, mosquées, temples et autres lieux du culte du pays et la condamnation de croyances minoritaires ou non traditionnelles à partir de jugements de valeur. Comme l’a exprimé le professeur Tribe, *op. cit.*, p. 1244, [TRADUCTION] « une enquête envahissante de l’État dans la nature des croyances d’un demandeur mettrait en péril les valeurs fondant la liberté de religion ».

Par conséquent, à la première étape de l’analyse de la liberté de religion, la personne qui présente un argument fondé sur cette liberté doit démontrer (1) qu’elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu’elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l’objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux; (2) que sa croyance est sincère. Ce n’est qu’une fois cette démonstration faite que la liberté de religion entre en jeu.

(2) Atteinte à la liberté de religion

Dès que l’intéressé a démontré, suivant les étapes que je viens de décrire, que sa liberté de religion était en jeu, le tribunal doit déterminer si l’entrave à l’exercice de ce droit est suffisante pour constituer

55

56

57

Amendment to the U.S. Constitution, I believe that it is equally applicable to delimiting the court's role in interpreting religious freedom under the Quebec (or the Canadian) *Charter*. Indeed, the court's role in assessing sincerity is intended only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice. Otherwise, nothing short of a religious inquisition would be required to decipher the innermost beliefs of human beings.

Law (2^e éd. 1988), p. 1245-1246. Bien que cette remarque concerne le Premier amendement de la Constitution américaine, j'estime qu'elle permet également de délimiter le rôle des tribunaux dans l'interprétation de la liberté de religion garantie par la *Charte* québécoise (ou la *Charte* canadienne). De fait, dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice. Autrement, il faudrait rien de moins qu'une inquisition religieuse pour parvenir à découvrir les convictions les plus intimes des êtres humains.

53

Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on several non-exhaustive criteria, including the credibility of a claimant's testimony (see Woehrling, *supra*, at p. 394), as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices. It is important to underscore, however, that it is inappropriate for courts rigorously to study and focus on the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Over the course of a lifetime, individuals change and so can their beliefs. Religious beliefs, by their very nature, are fluid and rarely static. A person's connection to or relationship with the divine or with the subject or object of his or her spiritual faith, or his or her perceptions of religious obligation emanating from such a relationship, may well change and evolve over time. Because of the vacillating nature of religious belief, a court's inquiry into sincerity, if anything, should focus not on past practice or past belief but on a person's belief at the time of the alleged interference with his or her religious freedom.

L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur une liste non exhaustive de critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur (voir Woehrling, *loc. cit.*, p. 394) et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Cependant il est important de souligner qu'il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. Il peut fort bien arriver que le lien ou les rapports d'une personne avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, ou encore sa perception de l'obligation religieuse découlant de ces rapports changent et évoluent avec le temps. Vu le caractère mouvant des croyances religieuses, l'examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit s'attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion.

54

A claimant may choose to adduce expert evidence to demonstrate that his or her belief is consistent with the practices and beliefs of other adherents of the faith. While such evidence may be relevant to a demonstration of sincerity, it is not necessary. Since the focus of the inquiry is not on what others view the claimant's religious obligations as being, but rather what the claimant views these personal religious "obligations" to be, it is inappropriate to

Le demandeur peut présenter une preuve d'expert pour démontrer que ses croyances correspondent aux pratiques et croyances des autres disciples de sa religion. Bien qu'une telle preuve puisse être pertinente pour établir la sincérité de la croyance, elle n'est pas nécessaire. Comme l'examen ne porte pas sur la perception qu'ont les autres des obligations religieuses du demandeur, mais sur ce que ce dernier considère subjectivement comme étant ces

require courts to interfere with profoundly personal beliefs in a manner inconsistent with the principles set out by Dickson C.J. in *Edwards Books, supra*, at p. 759:

The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. [Emphasis added.]

In my view, the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, “obligation”, precept, “commandment”, custom or ritual. Secular judicial determinations of theological or religious disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.

That said, while a court is not qualified to rule on the validity or veracity of any given religious practice or belief, or to choose among various interpretations of belief, it is qualified to inquire into the sincerity of a claimant's belief, where sincerity is in fact at issue: see *Jones, supra*; *Ross, supra*. It is important to emphasize, however, that sincerity of belief simply implies an honesty of belief: see *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division, supra*.

According to American constitutional law scholar Professor Laurence Tribe, the jurisprudence in this area evinces that inquiries into a claimant's sincerity must be as limited as possible. He argues that “given the widening understanding of what constitutes religion in our society, the very rights ostensibly protected by the free exercise clause might well be jeopardized by any but the most minimal inquiry into sincerity”: L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at pp. 1245-46. While this was written in the context of the First

obligatoires, les tribunaux seraient obligés de s'ingérer dans des croyances intimes profondes, d'une manière incompatible avec les principes énoncés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, p. 759 :

L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. [Je souligne.]

À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

Cela dit, bien que les tribunaux ne soient pas qualifiés pour se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou croyance religieuse, ou pour choisir parmi les diverses interprétations d'une croyance, ils sont qualifiés pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse : voir *Jones*, précité; *Ross*, précité. Toutefois, il importe de souligner qu'une croyance sincère s'entend simplement d'une croyance honnête : voir *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, précité.

Selon Laurence Tribe, professeur de droit constitutionnel américain, il ressort de la jurisprudence en cette matière que l'examen de la sincérité du demandeur doit être aussi restreint que possible. Le professeur Tribe soutient que, [TRADUCTION] « compte tenu de la conception de plus en plus large de la religion au sein de notre société, les droits mêmes que protège obtensiblement la clause de libre exercice pourraient bien être menacés par tout examen de la sincérité qui ne serait pas réduit à sa plus simple expression » : L. H. Tribe, *American Constitutional*

50

51

52

religion consists of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials.

47 But, at the same time, this freedom encompasses objective as well as personal notions of religious belief, “obligation”, precept, “commandment”, custom or ritual. Consequently, both obligatory as well as voluntary expressions of faith should be protected under the Quebec (and the Canadian) *Charter*. It is the religious or spiritual essence of an action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance, that attracts protection. An inquiry into the mandatory nature of an alleged religious practice is not only inappropriate, it is plagued with difficulties. Indeed, the Ontario Court of Appeal quite correctly noted this in *R. v. Laws* (1998), 165 D.L.R. (4th) 301, at p. 314:

There was no basis on which the trial judge could distinguish between a requirement of a particular faith and a chosen religious practice. Freedom of religion under the *Charter* surely extends beyond obligatory doctrine.

48 This is central to this understanding of religious freedom that a claimant need not show some sort of objective religious obligation, requirement or precept to invoke freedom of religion. Such an approach would be inconsistent with the underlying purposes and principles of the freedom emphasizing personal choice as set out by Dickson C.J. in *Big M* and *Edwards Books*.

49 To require a person to prove that his or her religious practices are supported by a mandatory doctrine of faith, leaving it for judges to determine what those mandatory doctrines of faith are, would

de la liberté de se livrer à des pratiques et d’entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l’intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux.

Toutefois, cette liberté vise aussi des conceptions — tant objectives que personnelles — des croyances, « obligations », préceptes, « commandements », coutumes ou rituels d’ordre religieux. En conséquence, la protection de la *Charte* québécoise (et de la *Charte* canadienne) devrait s’appliquer tant aux expressions obligatoires de la foi qu’aux manifestations volontaires de celle-ci. C’est le caractère religieux ou spirituel d’un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L’examen du caractère obligatoire d’une pratique religieuse est une démarche non seulement inappropriée mais également semée d’embûches. D’ailleurs, la Cour d’appel de l’Ontario a à très juste titre formulé les observations suivantes dans *R. c. Laws* (1998), 165 D.L.R. (4th) 301, p. 314 :

[TRADUCTION] Rien ne permettait au juge du procès de faire une distinction entre les exigences d’une religion particulière et celles d’une pratique religieuse donnée. La liberté de religion prévue à la *Charte* vise certainement davantage que les doctrines obligatoires.

Il s’agit là d’un aspect fondamental de l’interprétation de la liberté de religion selon laquelle le demandeur qui invoque cette liberté n’est pas tenu de prouver l’existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. Pareille démarche serait incompatible avec les objets et principes qui sous-tendent la liberté de religion dont a fait état le juge en chef Dickson dans les arrêts *Big M* et *Edwards Books* et qui sont axés sur le choix personnel.

Si on imposait à une personne l’obligation de prouver que ses pratiques religieuses reposent sur un article de foi obligatoire, laissant ainsi aux juges le soin de déterminer quels sont ces articles de foi

In the United States, where there is a richness of jurisprudence on this matter, the United States Supreme Court has similarly adopted a subjective, personal and deferential definition of freedom of religion, centred upon sincerity of belief. For example, in *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), the court held that it was the plaintiff's subjective beliefs, and not the official position of the particular religion, which must be considered in evaluating the free exercise guarantees under the First Amendment of the U.S. Constitution. In delivering the opinion of the U.S. Supreme Court, Chief Justice Burger stated, at pp. 715-16:

... the guarantee of free exercise is not limited to beliefs which are shared by all of the members of a religious sect. Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation.

The narrow function of a reviewing court in this context is to determine whether there was an appropriate finding that petitioner terminated his work because of an honest conviction that such work was forbidden by his religion. [Emphasis added.]

This view was repeated in *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989), at p. 834, where White J., for a unanimous court, stated:

Undoubtedly, membership in an organized religious denomination, especially one with a specific tenet forbidding members to work on Sunday, would simplify the problem of identifying sincerely held religious beliefs, but we reject the notion that to claim the protection of the Free Exercise Clause, one must be responding to the commands of a particular religious organization. Here, Frazee's refusal was based on a sincerely held religious belief. Under our cases, he was entitled to invoke First Amendment protection. [Emphasis added.]

To summarize up to this point, our Court's past decisions and the basic principles underlying freedom of religion support the view that freedom of

Aux États-Unis, où il existe une abondante jurisprudence sur la question, la Cour suprême des États-Unis a similairement souscrit à une définition de la liberté de religion qui est subjective, personnelle, empreinte de déférence et axée sur la sincérité de la croyance. Par exemple, dans *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), la cour a jugé que, dans l'examen des garanties relatives au libre exercice de la religion prévues par le Premier amendement de la Constitution américaine, il faut tenir compte des croyances subjectives du demandeur et non de la position officielle de la religion concernée. Prononçant la décision de la Cour suprême des États-Unis, le juge en chef Burger a dit ceci aux p. 715-716 :

[TRADUCTION] ... la garantie de libre exercice ne se limite pas aux croyances partagées par tous les membres d'une secte religieuse. Tout particulièrement en cette délicate matière, il n'appartient pas aux tribunaux de se demander qui, du demandeur ou de son collègue de travail, a le mieux compris les commandements de leur foi commune. Les tribunaux ne sont pas les arbitres de l'interprétation des Écritures.

Dans ce contexte, la fonction restreinte de la cour de révision consiste à décider s'il était juste de conclure que le demandeur avait cessé son travail parce qu'il croyait honnêtement que sa religion lui interdisait de l'accomplir. [Je souligne.]

Ce point de vue a été réitéré dans *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989), p. 834, où le juge White, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a dit ceci :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que l'appartenance à un groupe religieux organisé, surtout si celui-ci a pour précepte l'interdiction de travailler le dimanche, facilite l'identification des croyances sincères, mais nous rejetons l'idée que, pour être admis à invoquer la protection de la clause de libre exercice, l'intéressé doit le faire parce qu'il se conforme aux commandements d'une organisation religieuse donnée. En l'espèce, le refus de Frazee était fondé sur une croyance religieuse sincère. Suivant notre jurisprudence, il était admis à invoquer la protection du Premier amendement. [Je souligne.]

Pour résumer, la jurisprudence de notre Cour et les principes de base de la liberté de religion étayent la thèse selon laquelle la liberté de religion s'entend

[TRANSLATION] Virtually every judicial decision based on s. 2(a) of the *Canadian Charter* or s. 3 of the *Quebec Charter* concerns freedom of religion. However, it would appear that these decisions stress the subjective aspect of the believer's personal sincerity rather than the objective aspect of the conformity of the beliefs in question with established doctrine. [Emphasis added.]

43

The emphasis then is on personal choice of religious beliefs. In my opinion, these decisions and commentary should not be construed to imply that freedom of religion protects only those aspects of religious belief or conduct that are objectively recognized by religious experts as being obligatory tenets or precepts of a particular religion. Consequently, claimants seeking to invoke freedom of religion should not need to prove the objective validity of their beliefs in that their beliefs are objectively recognized as valid by other members of the same religion, nor is such an inquiry appropriate for courts to make; see, e.g., *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 D.L.R. (3d) 35 (Man. C.A.), at pp. 37-38. In fact, this Court has indicated on several occasions that, if anything, a person must show "[s]incerity of belief" (*Edwards Books, supra*, at p. 735) and not that a particular belief is "valid".

44

For example, in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, La Forest J., writing for the minority (but not on this point), opined, at p. 295:

Assuming the sincerity of his convictions, I would agree that the effect of the *School Act* does constitute some interference with the appellant's freedom of religion. *For a court is in no position to question the validity of a religious belief, notwithstanding that few share that belief.* [Italics added.]

Although La Forest J. did not explicitly state that all that must be shown is a sincerity of belief, it is implicit in his reasons. Indeed, this position was subsequently explicitly adopted by this Court in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 70, where La Forest J. reasoned that "it is not the role of this Court to decide what any particular religion believes".

Les décisions judiciaires invoquant l'article 2(a) de la *Charte canadienne* ou l'article 3 de la *Charte québécoise* portent pratiquement toutes sur la liberté de religion; nous constaterons cependant qu'elles semblent insister davantage sur l'aspect subjectif de la sincérité personnelle du croyant que sur l'aspect objectif de la conformité des croyances en cause à une doctrine établie. [Je souligne.]

L'accent porte donc sur le choix personnel exercé à l'égard des croyances religieuses. À mon sens, il ne faudrait pas considérer que ces décisions et commentaires signifient que la liberté de religion protège uniquement les aspects d'une croyance ou conduite religieuse qui sont objectivement reconnus par les experts religieux comme des préceptes obligatoires d'une religion. Par conséquent, ceux qui invoquent la liberté de religion ne devraient pas être tenus d'établir la validité objective de leurs croyances en apportant la preuve que d'autres fidèles de la même religion les reconnaissent comme telles, il ne convient pas non plus que les tribunaux se livrent à cette analyse : voir, par exemple, *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976), 66 D.L.R. (3d) 35 (C.A. Man.), p. 37-38. En fait, notre Cour a maintes fois précisé que c'est la « sincérité de l[a] croyance » (*Edwards Books, précité*, p. 735), et non pas sa « validité », qui doit être démontrée.

Par exemple, dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, exprimant l'opinion de la minorité (mais non sur ce point), a fait les observations suivantes à la p. 295 :

Si l'on présume que ses convictions soient sincères, je serais d'accord pour dire que la *School Act* porte jusqu'à un certain point atteinte à la liberté de religion de l'appellant. *Un tribunal n'est pas en mesure de mettre en question la validité d'une croyance religieuse, même si peu de gens partagent cette croyance.* [Italiques ajoutés.]

Bien que le juge La Forest n'ait pas dit expressément qu'il suffit d'établir la sincérité de la croyance, cela ressort implicitement de ses motifs. De fait, cette position a par la suite été explicitement adoptée par notre Cour dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 70, où le juge La Forest a conclu qu'« il n'appartient pas à notre Cour de décider quelle religion il faut professer ».

concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

... Freedom means that ... no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

. . . .

... With the *Charter*, it has become the right of every Canadian to work out for himself or herself what his or her religious obligations, if any, should be. ... [Emphasis added.]

Dickson J. articulated the purpose of freedom of religion in *Big M, supra*, at p. 346:

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759, Dickson C.J. stated that the

purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. [Emphasis added.]

This understanding is consistent with a personal or subjective conception of freedom of religion, one that is integrally linked with an individual's self-definition and fulfilment and is a function of personal autonomy and choice, elements which undergird the right; see, generally, J. Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325. According to Professor Woehrling, at p. 385:

comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

... La liberté signifie que [...] nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

. . . .

... La *Charte* reconnaît à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses. ... [Je souligne.]

Le juge Dickson a énoncé ainsi l'objet de la liberté de religion dans *Big M*, précité, p. 346 :

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Je souligne.]

De même, alors devenu Juge en chef, il a dit ceci dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759 :

[L]'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. [Je souligne.]

Cette interprétation est compatible avec une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion. Une telle conception est intrinsèquement liée à la manière dont une personne se définit et s'épanouit et elle est fonction des notions de choix personnel et d'autonomie de l'individu, facteurs qui sous-tendent le droit : voir, de façon générale, J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325. D'affirmer le professeur Woehrling, à la p. 385 de cet article :

41

42

manner that is more than trivial or insubstantial. The question then becomes: what does this mean?

At this stage, as a general matter, one can do no more than say that the context of each case must be examined to ascertain whether the interference is more than trivial or insubstantial. But it is important to observe what examining that context involves.

In this respect, it should be emphasized that not every action will become summarily unassailable and receive automatic protection under the banner of freedom of religion. No right, including freedom of religion, is absolute: see, e.g., *Big M, supra*; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 182; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 29. This is so because we live in a society of individuals in which we must always take the rights of others into account. In the words of John Stuart Mill: "The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it": *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 11. In the real world, oftentimes the fundamental rights of individuals will conflict or compete with one another.

Freedom of religion, as outlined above, quite appropriately reflects a broad and expansive approach to religious freedom under both the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter* and should not be prematurely narrowly construed. However, our jurisprudence does not allow individuals to do absolutely anything in the name of that freedom. Even if individuals demonstrate that they sincerely believe in the religious essence of an action, for example, that a particular practice will subjectively engender a genuine connection with the divine or with the subject or object of their faith, and even if they successfully demonstrate non-trivial or non-insubstantial interference with that practice, they will still have to consider how the exercise of

d'agir en conformité avec ses croyances religieuses. Il faut maintenant déterminer ce que cela signifie.

À ce stade-ci, on doit généralement se contenter de dire que chaque cas doit être examiné au regard du contexte qui lui est propre pour déterminer si l'entrave est plus que négligeable ou insignifiante. Il importe toutefois de se demander ce qu'implique l'examen du contexte.

À cet égard, il convient de souligner qu'un acte ne devient pas inattaquable ni protégé d'office du seul fait qu'on invoque la liberté de religion. Aucun droit — y compris la liberté de religion — n'est absolu : voir notamment *Big M*, précité; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29. Il en est ainsi parce que nous vivons dans une société où chacun doit toujours tenir compte des droits d'autrui. Pour reprendre les propos de John Stuart Mill : [TRADUCTION] « La seule liberté digne de ce nom est de travailler à notre propre avancement à notre gré, aussi longtemps que nous ne cherchons pas à priver les autres du leur ou à entraver leurs efforts pour l'obtenir » : *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), p. 11. Dans la réalité, il arrive souvent que les droits fondamentaux d'une personne entrent en conflit ou en opposition avec ceux d'autrui.

La liberté de religion, telle qu'elle a été définie plus haut, correspond bien à l'interprétation large et libérale de cette liberté garantie par la *Charte* québécoise et la *Charte* canadienne et ne devrait pas être prématurément interprétée de façon restrictive. Toutefois, notre jurisprudence n'autorise pas les gens à accomplir n'importe quel acte en son nom. Par exemple, même si une personne démontre qu'elle croit sincèrement au caractère religieux d'un acte ou qu'une pratique donnée crée subjectivement un lien véritable avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi, et même si elle parvient à prouver l'existence d'une entrave non négligeable à cette pratique, elle doit en outre tenir compte de l'incidence de l'exercice de son droit sur ceux d'autrui.

60

61

62

their right impacts upon the rights of others in the context of the competing rights of private individuals. Conduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises.

63

Indeed, freedom of religion, like all other rights, applicable either as against the State or, under the Quebec *Charter*, in its private dimension as against another individual, may be made subject to over-riding societal concerns. As with other rights, not every interference with religious freedom would be actionable, in accordance with the limitations on the exercise of fundamental rights recognized by the Quebec *Charter*.

(3) Alleged Justification for the Limit on the Exercise of Freedom of Religion

64

The respondent in the instant appeal has argued that the rights of the co-owners to peacefully enjoy property and to personal security limit the exercise of the appellants' religious freedom under the circumstances. I acknowledge that much can be said about the nature of and interrelationship among the various rights found in the Quebec *Charter* as raised in this appeal. But such an analysis is not necessary to dispose of the issues in this case. This is because at bottom, and as discussed below, whereas I find the appellants' rights to freedom of religion significantly impaired, on the facts of this case the impact on the respondent's rights at issue is, at best, minimal and thus cannot be construed as validly limiting the exercise of the appellants' religious freedom.

B. *Application to the Facts*

(1) Freedom of Religion and Infringement

(a) *As Pertaining to Setting Up One's Own Succah*

65

As outlined above, the first step in successfully advancing a claim that an individual's freedom

Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s'inscrit le conflit apparent.

De fait, à l'instar de tous les autres droits, la liberté de religion — qui peut être invoquée soit contre l'État, soit contre d'autres personnes, dans sa dimension privée, en vertu de la *Charte* québécoise — peut être subordonnée au respect de préoccupations sociales supérieures et, comme c'est le cas pour d'autres droits, toute entrave à l'exercice de la liberté de religion n'ouvre pas droit à action, compte tenu des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux reconnus par la *Charte* québécoise.

(3) Justification invoquée pour limiter l'exercice de la liberté de religion

L'intimé au présent pourvoi plaide que le droit des copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne limite dans les circonstances l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. Je reconnais qu'il y aurait beaucoup à dire sur la nature et l'interrelation des divers droits garantis par la *Charte* québécoise qui sont en jeu dans la présente affaire. Une telle analyse n'est cependant pas nécessaire pour trancher les questions en litige en l'espèce. Il en est ainsi parce que, en définitive, comme nous le verrons plus loin, j'estime qu'il a été porté une atteinte grave au droit à la liberté de religion des appelants et que, eu égard aux faits de l'espèce, les incidences sur les droits des membres de l'intimé sont tout au plus minimales et ne sauraient être considérées comme une raison valable de limiter l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.

B. *Application aux faits*

(1) Liberté de religion et atteinte

a) *L'installation d'une succah individuelle*

Comme je l'ai expliqué plus tôt, la première étape que doit franchir le demandeur pour

of religion has been infringed is for a claimant to demonstrate that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion. The second step is to then demonstrate that the impugned conduct of a third party interferes with the individual's ability to act in accordance with that practice or belief in a manner that is non-trivial. At trial, Rochon J., relying primarily on the testimony of Rabbi Levy, whose testimony he found more compelling than that of Rabbi Ohana, found that the impugned clauses in the declaration of co-ownership did not infringe the appellants' rights to freedom of religion since, according to him, Judaism does not require its adherents to build their own succah (at p. 1909):

[TRANSLATION] First of all, the court notes that practising Jews are not under a religious obligation to erect their own succahs. There is no commandment as to where they must be erected.

As a result, Rochon J. believed that freedom of religion was not even triggered. Although Morin J.A., in his concurring opinion, quite properly concluded that this was not the correct approach to take to freedom of religion, the majority of the Court of Appeal seemed to endorse the trial judge's reasoning. With respect, I believe their approach was mistaken.

More particularly, the approach adopted by Rochon J. at trial and Dalphond J. for the majority of the Court of Appeal is inconsistent with the proper approach to freedom of religion. First, the trial judge's methodology was faulty in that he chose between two competing rabbinical authorities on a question of Jewish law. Second, he seems to have based his findings with respect to freedom of religion solely on what he perceived to be the objective obligatory requirements of Judaism. He thus failed to recognize that freedom of religion under the Quebec (and the Canadian) *Charter* does not require a person to prove that his or her religious practices are supported by any mandatory doctrine of faith.

démontrer l'atteinte à sa liberté de religion consiste à établir qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion. La seconde étape consiste à démontrer que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Au procès, se fondant principalement sur le témoignage du rabbin Levy — qu'il a estimé plus convaincant que celui du rabbin Ohana —, le juge Rochon a conclu que les clauses contestées de la déclaration de copropriété ne portaient pas atteinte au droit des appelants à la liberté de religion, puisque, selon lui, le judaïsme n'impose pas aux disciples de cette religion l'obligation d'installer leur propre souccah (p. 1909) :

Le Tribunal retient d'abord qu'il n'existe aucune obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa propre souccah. Il n'y a aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être érigée.

Le juge Rochon a en conséquence considéré que la liberté de religion n'était même pas en jeu. Bien que, dans son opinion individuelle, le juge Morin ait à juste titre conclu qu'il ne s'agissait pas de la démarche applicable à l'égard de la liberté de religion, les juges de la majorité ont pour leur part semblé souscrire au raisonnement du juge de première instance. En toute déférence, j'estime qu'ils ont eu tort.

De façon plus précise, la démarche retenue par le juge Rochon au procès et par le juge Dalphond pour la majorité de la Cour d'appel est incompatible avec celle qu'il convient d'appliquer en matière de liberté de religion. Premièrement, la méthode du juge de première instance était erronée en ce qu'il a à tort choisi entre deux autorités rabbiniques avançant des opinions opposées sur une question concernant la loi juive. Deuxièmement, il semble avoir fondé ses conclusions relativement à la liberté de religion uniquement sur ce qu'il estimait être des exigences objectivement obligatoires du judaïsme. Il a ainsi omis de reconnaître que, suivant la *Charte* québécoise (et la *Charte* canadienne), la personne qui invoque la liberté de religion n'a pas à démontrer que ses pratiques religieuses reposent sur une doctrine de foi obligatoire.

67 Furthermore, in my opinion, any incorporation of distinctions between “obligation” and “custom” or, as made by the respondent and the courts below, between “objective obligation” and “subjective obligation or belief” within the framework of a religious freedom analysis is dubious, unwarranted and unduly restrictive. In my view, when courts undertake the task of analysing religious doctrine in order to determine the truth or falsity of a contentious matter of religious law, or when courts attempt to define the very concept of religious “obligation”, as has been suggested in the courts below, they enter forbidden domain. It is not within the expertise and purview of secular courts to adjudicate questions of religious doctrine.

68 Similarly, to frame the right either in terms of objective religious “obligation” or even as the sincere subjective belief that an obligation exists and that the practice is required would lead to arbitrary and hierarchical determinations of religious “obligation”, would exclude religious custom from protection, and would disregard the value of non-obligatory religious experiences by excluding those experiences from protection. Jewish women, for example, strictly speaking, do not have a biblically mandated “obligation” to dwell in a succah during the Succot holiday. If a woman, however, nonetheless sincerely believes that sitting and eating in a succah brings her closer to her Maker, is that somehow less deserving of recognition simply because she has no strict “obligation” to do so? Is the Jewish yarmulke or Sikh turban worthy of less recognition simply because it may be borne out of religious custom, not obligation? Should an individual Jew, who may personally deny the modern relevance of literal biblical “obligation” or “commandment”, be precluded from making a freedom of religion argument despite the fact that for some reason he or she sincerely derives a closeness to his or her God by sitting in a succah? Surely not.

Qui plus est, je suis d’avis que le fait d’intégrer dans l’analyse relative à la liberté de religion des distinctions entre « obligation » et « coutume » ou, comme l’ont fait l’intimé et les tribunaux inférieurs, entre « obligation objective » et « obligation ou croyance subjective » constitue une mesure discutable, injustifiée et indûment restrictive. Selon moi, lorsque les tribunaux décident d’analyser une doctrine religieuse afin de statuer sur une controverse en matière de droit religieux ou lorsqu’ils tentent de définir le concept même d’« obligation » religieuse, comme l’ont censément fait les juridictions inférieures, ils s’aventurent en territoire interdit. Les tribunaux séculiers ne sont ni compétents ni qualifiés pour trancher des questions de doctrine religieuse.

De même, exiger que le droit invoqué repose sur une « obligation » religieuse objective ou même sur une conviction subjective sincère qu’il existe une obligation et que la pratique est requise amènerait à décider de façon arbitraire et hiérarchisante de l’existence d’une « obligation » religieuse, priverait de protection les coutumes religieuses et ne reconnaîtrait aucune valeur aux expériences religieuses non obligatoires en ne leur accordant aucune protection. Les femmes juives, par exemple, ne sont pas à proprement parler soumises à l’« obligation » imposée par la Bible d’habiter dans une souccah pendant la fête du Souccoth. Toutefois, si une femme croit néanmoins sincèrement que le fait de s’asseoir dans une souccah et d’y prendre ses repas la rapproche de son Créateur, ses croyances méritent-elles une protection moins grande du seul fait qu’elle n’a pas d’« obligation » stricte d’accomplir ce geste? Le yarmulka juif et le turban sikh sont-ils moins dignes d’être reconnus simplement parce que leur port pourrait découler d’une coutume religieuse plutôt que d’une obligation? Est-ce qu’un Juif, qui par ailleurs rejette peut-être personnellement la pertinence, de nos jours, de l’interprétation littérale des « obligations » ou « commandements » bibliques, devrait être empêché d’invoquer la liberté de religion, et ce bien qu’il croie sincèrement, pour une raison ou pour une autre, que le fait de s’asseoir dans une souccah le rapproche de son Dieu? Sûrement pas.

Rather, as I have stated above, regardless of the position taken by religious officials and in religious texts, provided that an individual demonstrates that he or she sincerely believes that a certain practice or belief is experientially religious in nature in that it is either objectively required by the religion, or that he or she subjectively believes that it is required by the religion, or that he or she sincerely believes that the practice engenders a personal, subjective connection to the divine or to the subject or object of his or her spiritual faith, and as long as that practice has a nexus with religion, it should trigger the protection of s. 3 of the Quebec *Charter* or that of s. 2(a) of the Canadian *Charter*, or both, depending on the context.

On the question of sincerity, the respondent argues that the appellants do not sincerely believe that their religion requires them to build their own individual succahs on their balconies. That said, the trial judge did find that Mr. Amselem, at least, sincerely believed that he was obliged to set up a succah on his own property, thus triggering his freedom of religion protection according to the first step in our analysis.

With respect to the appellants Mr. Klein and Mr. Fonfeder, Rochon J. relied primarily on their past practices to question their sincerity and concluded that they must view the setting up of their own succah as a purely optional practice, which precluded their freedom of religion from being triggered. This conclusion is troublesome for a variety of reasons. First, Rochon J. misconstrued the scope of freedom of religion. Given this mistaken approach, it is somewhat difficult to assess the sincerity of the appellants' religious beliefs regarding the setting up of succahs on their balconies. Second, I do not accept that one may conclude that a person's current religious belief is not sincere simply because he or she previously celebrated a religious holiday differently. Beliefs and observances evolve and change over time. If, as I have underscored, sincerity of belief at the relevant time is the governing standard to ensure that a claim is honest and not an artifice, then a rigorous

Au contraire, comme je l'ai dit plus tôt, quelle que soit la position exprimée par des représentants religieux et dans les textes religieux, la protection conférée par l'art. 3 de la *Charte* québécoise ou l'al. 2a) de la *Charte* canadienne, ou par ces deux dispositions, s'applique, selon le contexte, si l'intéressé démontre qu'il croit sincèrement qu'une certaine pratique ou croyance possède, suivant son expérience, une nature religieuse en ce qu'elle est objectivement prescrite par la religion, ou qu'il croit subjectivement que la religion le prescrit, ou qu'il croit sincèrement que la pratique crée un lien personnel subjectif avec l'ordre divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, dans la mesure où la pratique en question est liée à la religion.

Relativement à la question de la sincérité, l'intimé fait valoir que les appelants ne croient pas sincèrement que leur religion les astreint à installer leur propre souccah sur leur balcon respectif. Cela dit, le juge de première instance a conclu que, dans le cas de M. Amselem à tout le moins, celui-ci croyait sincèrement être tenu d'installer une souccah sur sa propriété, situation qui déclenche l'application de la protection accordée par la liberté de religion conformément à la première étape de notre analyse.

Pour ce qui est des appelants Klein et Fonfeder, toutefois, le juge Rochon s'est fondé principalement sur leurs pratiques antérieures pour apprécier la sincérité de leur croyance et il a conclu que ces derniers considéraient l'installation de leur propre souccah comme une pratique purement facultative, situation qui faisait obstacle à l'application de leur liberté de religion. Cette conclusion pose problème pour diverses raisons. Premièrement, le juge Rochon a mal interprété l'étendue de la liberté de religion. Compte tenu de cette interprétation erronée, il est assez difficile d'évaluer la sincérité des croyances religieuses des appelants quant à l'installation de souccahs sur leur balcon respectif. Deuxièmement, je n'admets pas qu'il soit possible de conclure que les croyances religieuses courantes d'une personne ne sont pas sincères parce qu'elle a célébré une fête religieuse différemment dans le passé. Les croyances et les rites observés évoluent et changent au fil des années. Si, comme je l'ai souligné, la sincérité

examination of past conduct cannot be determinative of sincerity of belief.

72

Furthermore, based on the above-discussed definition of freedom of religion, it appears that the trial judge applied the wrong test to the evidence adduced by the appellants in support of their belief. For if freedom of religion encompasses not only what adherents feel sincerely obliged to do, but also includes what an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to engender a connection with the divine or with the subject or object of his or her spiritual faith, then the proper test would be whether the appellants sincerely believe that dwelling in or setting up their own individual succah is of religious significance to them, irrespective of whether they subjectively believe that their religion requires them to build their own succah. This is because it is hard to qualify the value of religious experience. Religious fulfilment is by its very nature subjective and personal. To some, the religious and spiritual significance of building and eating in one's own succah could vastly outweigh the significance of a strict fulfilment of the biblical commandment of "dwelling" in a succah, and that, in and of itself, would suffice in grounding a claim of freedom of religion.

73

When the appellants adduced Rabbi Ohana's expert testimony, they were submitting evidence of their sincere individual belief as to the inherently personal nature of fulfilling the commandment of dwelling in a succah. As expounded upon by Rabbi Ohana, according to Jewish law the obligation of "dwelling" must be complied with festively and joyously, without causing distress to the individual. Great distress, such as that caused by inclement weather, extreme cold or, in this case, the extreme unpleasantness rendered by forced relocation to a communal succah, with all attendant ramifications, for the entire nine-day period would not only

de la croyance au moment pertinent est le critère applicable pour s'assurer qu'une revendication est honnête et ne constitue pas un artifice, un examen rigoureux de la conduite antérieure ne saurait déterminer la sincérité de la croyance.

En outre, il semble, à la lumière de la définition de la liberté de religion analysée précédemment, que le juge de première instance a appliqué le mauvais critère à la preuve produite par les appelants au soutien de leurs croyances. Car, si la liberté de religion comprend non seulement les croyances ou pratiques auxquelles les fidèles croient sincèrement être tenus, mais également les croyances que l'intéressé respecte sincèrement ou les pratiques qu'il suit sincèrement en vue d'établir un lien avec l'ordre divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, le critère approprié consisterait alors à se demander si les appelants croient sincèrement que le fait d'installer leur propre souccah ou d'y habiter revêt pour eux une importance religieuse, peu importe qu'ils croient subjectivement que leur religion les astreint à installer leur propre souccah. Il en est ainsi parce qu'il s'avère difficile de qualifier la valeur de l'expérience religieuse. De par sa nature même, l'épanouissement religieux a un caractère subjectif et personnel. Il est possible que, pour certains, le fait d'installer sa propre souccah et d'y prendre ses repas revête une importance religieuse et spirituelle considérablement plus grande que le fait d'observer strictement le commandement biblique d'« habiter » dans une souccah et, en soi, cela suffirait à justifier la revendication de la protection de la liberté de religion.

En produisant le témoignage d'expert du rabbin Ohana, les appelants ont apporté un élément de preuve étayant leur croyance sincère que le respect du commandement d'habiter dans une souccah revêt un caractère intrinsèquement personnel. Comme l'a expliqué le rabbin Ohana, suivant la loi juive l'obligation d'« habitation » doit être observée dans une ambiance joyeuse et festive, exempte de difficultés pénibles pour le pratiquant. Des situations très pénibles, causées par exemple par une température inclemente, un froid extrême ou, en l'espèce, par l'intense désagrément découlant de l'emménagement forcé dans une souccah commune pendant les neuf

preclude the acknowledged obligation of dwelling in a succah but would also render voluntary compliance wrongful and inappropriate, thus necessitating the setting up of a private succah. In light of our test for freedom of religion, such expert testimony, although not required, would in my view certainly support a positive finding of sincerity and honesty of the appellants' belief. As a result, all of the appellants have, in my opinion, successfully implicated freedom of religion.

According to the governing principles, however, in order for a triggered right of religious freedom to have been infringed, the interference with the right needs to be more than trivial or insubstantial: see *Jones, supra*. It is evident that in respect of Mr. Amselem the impugned clauses of the declaration of co-ownership interfere with his right in a substantial way. For if, as Rochon J. himself found, Mr. Amselem sincerely believes that he is obligated by the Jewish religion to set up and dwell in his own succah, then a prohibition against setting up his own succah obliterates the substance of his right, let alone interferes with it in a non-trivial fashion. A communal succah is simply not an option. Thus, his right is definitely infringed.

In respect of Mr. Klein and Mr. Fonfeder, a finding of infringement depends upon what the substance of their belief was. If they sincerely believed that they must build their own succah because doing so engenders a greater connection with the divine or with their faith, then their rights to freedom of religion will be infringed by the declaration of co-ownership to the same extent as Mr. Amselem's. For the purposes of determining if freedom of religion is triggered or whether there is a non-trivial interference therewith, there is no distinction between sincere belief that a practice is required and sincere belief that a practice, having a nexus with religion, engenders a connection with the divine or with

jours de fête, avec toutes les répercussions que cela comporte, auraient non seulement pour effet d'empêcher le respect de l'obligation reconnue d'habiter dans une souccah mais aussi de rendre fautive et inappropriée toute observance volontaire, requérant de ce fait l'installation d'une souccah privée. À la lumière du critère que nous appliquons à l'égard de la liberté de religion, je suis d'avis qu'un tel témoignage d'expert — bien que non requis — permet certainement de conclure à la sincérité et à l'honnêteté de la croyance des appelants. En conséquence, j'estime que tous les appelants ont réussi à établir que la liberté de religion est en jeu.

Cependant, il ressort des principes applicables que, pour que le droit à la liberté de religion en cause ait subi une atteinte, l'entrave à son exercice doit être plus que négligeable ou insignifiante : voir *Jones, précité*. Il est évident que, dans le cas de M. Amselem, les clauses contestées de la déclaration de copropriété empiètent de façon importante sur son droit. En effet, si M. Amselem croit sincèrement que la religion juive l'oblige à installer sa propre souccah et à l'habiter, conclusion à laquelle le juge Rochon est lui-même arrivé, l'interdiction qui est faite à M. Amselem de construire sa propre souccah vide de toute substance le droit reconnu à ce dernier, sans compter qu'elle entrave l'exercice de ce droit d'une manière non négligeable. La souccah commune n'est tout simplement pas une solution valable. Il y a donc nettement atteinte au droit de M. Amselem.

En ce qui concerne MM. Klein et Fonfeder, pour décider s'il y a atteinte à leur droit, il faut examiner la substance de leur croyance. S'ils croyaient sincèrement qu'ils devaient installer leur propre souccah, parce que cela les rapproche de l'être divin ou de leur foi, la déclaration de copropriété a alors porté à leur droit à la liberté de religion une atteinte identique à celle causée à M. Amselem. Pour décider si la liberté de religion est en jeu ou s'il y a entrave non négligeable à l'exercice de cette liberté, il n'y a aucune distinction entre le fait de croire sincèrement qu'une pratique est obligatoire ou qu'une pratique rattachée à la religion crée un lien avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de la foi spirituelle de l'intéressé. Si MM. Klein

74

75

the subject or object of a person's spiritual faith. If, however, they sincerely believed that they must build a succah of their own because the alternatives, of either imposing on friends and family or celebrating in a communal succah as proposed by the respondent, will subjectively lead to extreme distress and thus impermissibly detract from the joyous celebration of the holiday, the joy of which, as intimated by their witness Rabbi Ohana, is essential to its proper celebration, then they must prove that these alternatives would result in more than trivial or insubstantial interferences and non-trivial distress.

76

In my opinion, this has been successfully proven. At trial, the appellants testified as to the substantially distressing nature of the burden imposed upon them by the prohibition and the available alternatives. The appellants believe that they must eat every meal in the succah throughout the nine-day holiday. Imposing on others for the entire holiday amounts to a severe burden, especially when dealing with children, as testified to by Mr. Klein.

77

Similarly, a communal succah, as the respondent proposes, would force the appellants to carry food and utensils from their units on elevated floors to the succah, and traverse the expanse of the property to the Sanctuaire's gardens for every course at every meal throughout the holiday. Since Orthodox Jews are precluded from using elevators on the Sabbath and on the first two and last two days of the Succot holiday, this would amount to forcing Orthodox Jewish residents, including the elderly among them, to climb up and down numerous flights of stairs throughout each meal for much of the nine-day holiday period. Furthermore, by being forced to share all meals with the other Jewish residents of the complex, a communal succah would also preclude the intimate celebration of the holiday with immediate family. Those who choose to sleep in the succah, weather permitting, would have to do so communally and in the open, far from the proximity and safety of their individual units. Such distress is even objectively substantial and would undoubtedly, as the appellants assert, detract from the joyous celebration of the holiday and thus constitute a

et Fonfeder croyaient sincèrement qu'ils devaient installer leur propre souccah, parce que les solutions de rechange — soit imposer leur présence à des amis et à des parents, soit célébrer dans la souccah commune proposée par l'intimé — leur causeraient subjectivement d'intenses difficultés et, partant, enlèveraient de manière inacceptable à la fête son caractère joyeux, aspect essentiel à une célébration adéquate d'après leur témoin le rabbin Ohana, ils doivent alors prouver que ces autres solutions créeraient des atteintes plus que négligeables ou insignifiantes ainsi que des difficultés non négligeables.

À mon avis, cette preuve a été faite. Au procès, les appelants ont témoigné que l'interdiction et les solutions de rechange leur imposaient des contraintes considérables. Les appelants croient qu'ils doivent prendre tous leurs repas dans la souccah pendant toute la durée de la fête, soit neuf jours. Imposer leur présence à autrui pendant toute la durée de cette fête constitue un lourd fardeau, tout particulièrement lorsqu'il y a des enfants, comme a témoigné M. Klein.

Similairement, l'utilisation d'une souccah commune, comme le propose l'intimé, obligerait les appelants à transporter la nourriture et les ustensiles de leurs appartements, situés à des étages élevés, jusqu'à la souccah, et ainsi devoir traverser la propriété jusqu'aux jardins du Sanctuaire pour chaque plat à tous les repas, et ce pendant toute la durée de la fête. Puisqu'il est interdit aux Juifs orthodoxes d'utiliser les ascenseurs le jour du sabbat ainsi que les deux premiers et les deux derniers jours de la fête du Souccoth, cela reviendrait à obliger les résidents juifs orthodoxes, notamment des personnes âgées, à emprunter les nombreux escaliers durant les repas pendant une grande partie des neuf jours de fête. Qui plus est, du fait que chaque famille serait forcée de partager ses repas avec les autres résidents juifs de l'immeuble, l'utilisation d'une souccah commune empêcherait les membres d'une même famille de célébrer la fête entre eux, dans l'intimité. Ceux qui, lorsque la température le permet, choisiraient de dormir dans la souccah devraient le faire en groupe et à la belle étoile, loin de leur logis et de la sécurité qu'il leur offre. Même considérées objectivement,

non-trivial interference with and an infringement of their rights to religious freedom.

(b) *As Pertaining to “Dwelling” in a Succah*

In the alternative, there is no doubt whatsoever from the record that all of the appellants sincerely believe that they must fulfill the biblically mandated obligation, perhaps not necessarily of having one’s own succah, but of “dwelling” in a succah for the entire nine-day festival of Succot. This thus triggers freedom of religion. The question then becomes, once again, whether the appellants’ rights have been infringed. Even though the Sanctuaire’s by-laws do not overtly forbid them to dwell in a succah — in that the appellants are free to celebrate the holiday with relatives or in a proposed communal succah —, the appellants’ protected rights will nonetheless be infringed, according to this Court’s jurisprudence, if the impugned clauses constrain their rights to dwell in a succah in a manner that is non-trivial or not insubstantial. In my view, they do.

The burdens placed upon the appellants as a result of the operation of the impugned clauses, either by requiring them to celebrate the holiday by imposing on others or by forcing them, as suggested by the respondent, to celebrate in a communal succah, are evidently substantial. Preventing the appellants from building their own succah therefore constitutes a non-trivial interference with their protected rights to dwell in a succah during the festival of Succot, which all acknowledge they sincerely regard as a religious requirement. The result is that the impugned stipulations in the declaration of co-ownership infringe upon the appellants’ freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter*.

Consequently, I believe that all of the appellants have successfully made out an infringement of their freedom of religion.

de telles difficultés sont substantielles et, comme le font valoir les appelants, elles ne manqueraient pas d’enlever à cette fête une partie de son caractère festif et, partant, elles constitueraient une entrave non négligeable à l’exercice de leur droit à la liberté de religion et une atteinte à ce droit.

b) *Le fait d’« habiter » dans une succah*

Subsidiairement, il ressort très clairement du dossier que tous les appelants croient sincèrement être tenus de se conformer à l’obligation qu’impose la Bible — peut-être pas nécessairement l’obligation de disposer de leur propre succah — mais celle d’« habiter » dans une succah pendant toute la durée de la fête du Soucoth, soit neuf jours. Cette conviction fait intervenir la liberté de religion. Il s’agit maintenant de déterminer à nouveau s’il a été porté atteinte au droit des appelants. Bien que le règlement du Sanctuaire n’interdise pas ouvertement aux appelants d’habiter dans une succah — ceux-ci demeurant libres de célébrer la fête chez des parents ou dans la succah commune proposée —, il y aura néanmoins atteinte à leurs droits, au sens de la jurisprudence de notre Cour, si les clauses contestées restreignent leur droit d’habiter dans une succah d’une manière qui n’est pas négligeable ou insignifiante. J’estime qu’elles produisent un tel effet.

Les contraintes imposées aux appelants par suite de l’application des clauses contestées — qui les obligent soit à imposer leur présence à d’autres, soit à célébrer dans une succah commune, comme le propose l’intimé — sont manifestement considérables. Empêcher les appelants d’installer leur propre succah constitue donc dans les faits une entrave non négligeable à l’exercice de leur droit protégé d’habiter dans une succah pendant la fête du Soucoth, que tous disent considérer sincèrement comme une exigence religieuse. En conséquence, les stipulations contestées de la déclaration de copropriété portent atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l’art. 3 de la *Charte* québécoise.

Par conséquent, j’estime que tous les appelants ont démontré l’existence d’une atteinte à leur liberté de religion.

78

79

80

81 As discussed above, to my mind, the impairment of the appellants' religious freedom resulting from the refusal of the respondent to allow the setting up of succahs on balconies is serious. As a result, the enjoyment of their rights to religious freedom has been significantly impaired. The Syndicat's offer of allowing the appellants to set up a communal succah in the Sanctuaire's gardens does not remedy nor does it even address that impairment.

(2) The Alleged Justification for the Limit on the Exercise of Freedom of Religion in this Case

82 Against the appellants' rights, the respondent Syndicat claims that the potential setting up of succahs on the appellants' balconies for the nine-day holiday of Succot would interfere with the co-owners' rights to the peaceful enjoyment of their property and to personal security, protected under ss. 6 and 1 of the Quebec *Charter*, respectively, thus justifying the total blanket prohibition against setting up succahs.

83 More specifically, in this case the co-owners' rights to peaceful enjoyment of their co-owned property in general, and of the balconies as "common portions" thereof in particular, has been articulated as a function of preserving the economic and aesthetic value of their property, which, they assert, is a component of an individual's right to enjoy his or her property under the Quebec *Charter*. Similarly, the respondent claims that the co-owners' rights to personal security under the *Charter* have been implicated; because the balconies of the Sanctuaire are fire-escape routes, cordoning off of the balcony would jeopardize the co-owners' safety in an emergency situation. In essence, the Syndicat is requesting in the name of the co-ownership that the appellants cease and desist from setting up these succahs, claiming that their presence negatively affects the co-owners' aesthetic, economic, and security interests in the property.

84 In the final analysis, however, I am of the view that the alleged intrusions or deleterious effects on the respondent's rights or interests under the

Comme il a été expliqué plus tôt, le refus de l'intimé d'autoriser l'installation de succahs sur les balcons porte une atteinte grave à la liberté de religion des appelants. Il en résulte une entrave importante à la jouissance par ces derniers de leur droit à la liberté de religion. L'offre du Syndicat de permettre aux appelants d'installer une succah commune dans les jardins du Sanctuaire ne remédie pas à cette atteinte et n'a même aucun rapport avec celle-ci.

(2) La justification invoquée à l'égard de la limitation de la liberté de religion en l'espèce

Aux droits des appelants, le Syndicat intimé oppose que l'installation de succahs sur les balcons des appelants pendant les neuf jours de la fête du Souccoth porterait atteinte aux droits des copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne, droits garantis respectivement par les art. 6 et 1 de la *Charte* québécoise, et ces atteintes justifient d'interdire complètement l'installation de succahs.

De façon plus précise, on a dit en l'espèce du droit des copropriétaires à la jouissance paisible des biens détenus en copropriété en général, et des balcons en tant que « parties communes » en particulier, qu'il avait pour fonction de préserver la valeur financière et esthétique de leur propriété, qui, prétendent les copropriétaires, constitue une composante du droit reconnu à toute personne par la *Charte* québécoise de jouir de ses biens. De même, l'intimé prétend que le droit de ses membres à la sûreté de leur personne, garanti par la *Charte* québécoise, est en jeu; comme les balcons du Sanctuaire servent de voies d'évacuation en cas d'incendie, toute obstruction des balcons mettrait en péril la sûreté des copropriétaires en cas d'urgence. À titre d'association de copropriétaires, le Syndicat demande au nom de ses membres que les appelants cessent d'installer des succahs, plaçant que celles-ci influent négativement sur leur droit au maintien de la valeur esthétique et financière de l'immeuble et sur leur droit à la sûreté de leur personne dans celui-ci.

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres

circumstances are, at best, minimal and thus cannot be reasonably considered as imposing valid limits on the exercise of the appellants' religious freedom.

In practice, to what degree would the respondent be harmed were the appellants allowed to set up a succah for a period of 9 out of 365 days a year? The evidence before us does not provide a satisfactory answer. The respondent has simply not adduced enough evidence for us to conclude that allowing the appellants to set up such temporary succahs would cause the value of the units, or of the property, to decrease. Even if I were to consider the possibility that the economic value of the property might decrease if a substantial number of co-owners were allowed to set up succahs on their balconies for a lengthy time period throughout the year, any drop in value caused by the presence of a small number of succahs for a period of nine days each year would undoubtedly be minimal. Consequently, in this case, the exercise of the appellants' freedom of religion, which I have concluded would be significantly impaired, would clearly outweigh the unsubstantiated concerns of the co-owners about the decrease in property value.

Similarly, protecting the co-owners' enjoyment of the property by preserving the aesthetic appearance of the balconies and thus enhancing the harmonious external appearance of the building cannot be reconciled with a total ban imposed on the appellants' exercise of their religious freedom. Although residing in a building with a year-long uniform and harmonious external appearance might be the co-owners' preference, the potential annoyance caused by a few succahs being set up for a period of nine days each year would undoubtedly be quite trivial.

In a multiethnic and multicultural country such as ours, which accentuates and advertises its modern record of respecting cultural diversity and human rights and of promoting tolerance of religious and ethnic minorities — and is in many ways an

de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.

Concrètement, dans quelle mesure l'intimé subirait-il un préjudice si les appelants étaient autorisés à installer une souccah pendant 9 des 365 jours que compte une année? La preuve dont nous disposons n'apporte pas de réponse satisfaisante. L'intimé n'a tout simplement pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour nous permettre de conclure que le fait d'autoriser les appelants à construire de telles souccahs temporaires ferait baisser la valeur des appartements ou de la propriété dans son ensemble. Même si je considérais la possibilité que l'immeuble se déprécie si on permettait à un nombre important de copropriétaires d'installer une souccah sur leur balcon respectif pendant une longue période au cours de l'année, toute baisse de valeur occasionnée par la présence d'un petit nombre de souccahs pendant neuf jours dans l'année serait assurément minime. En l'espèce, par conséquent, l'exercice par les appelants de leur liberté de religion — exercice qui, ai-je avancé, subirait une atteinte substantielle — l'emporterait sur les inquiétudes non étayées des copropriétaires concernant la perte de valeur de la propriété.

De même, il est impossible de concilier le fait de protéger la jouissance par les copropriétaires de leur bien en préservant l'apparence esthétique des balcons et en rehaussant ainsi l'harmonie externe de l'immeuble avec l'interdiction totale frappant l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. Bien que les copropriétaires puissent préférer vivre dans un immeuble présentant toute l'année une apparence extérieure uniforme et harmonieuse, la contrariété que pourrait causer l'installation de quelques souccahs pendant neuf jours chaque année serait sans doute bien insignifiante.

Dans un pays multiethnique et multiculturel comme le nôtre, qui souligne et fait connaître ses réalisations en matière de respect de la diversité culturelle et des droits de la personne, ainsi qu'en matière de promotion de la tolérance envers les

85

86

87

example thereof for other societies —, the argument of the respondent that nominal, minimally intruded-upon aesthetic interests should outweigh the exercise of the appellants' religious freedom is unacceptable. Indeed, mutual tolerance is one of the cornerstones of all democratic societies. Living in a community that attempts to maximize human rights invariably requires openness to and recognition of the rights of others. In this regard, I must point out, with respect, that labelling an individual's steadfast adherence to his or her religious beliefs "intransigence", as Morin J.A. asserted at para. 64, does not further an enlightened resolution of the dispute before us.

minorités religieuses et culturelles — et qui constitue de bien des manières un exemple pour d'autres sociétés —, l'argument de l'intimé selon lequel le fait que de négligeables intérêts d'ordre esthétique subissant une atteinte minimale devraient l'emporter sur l'exercice de la liberté de religion des appelants est inacceptable. De fait, la tolérance mutuelle constitue l'une des pierres d'assise de toute société démocratique. Vivre au sein d'une communauté qui s'efforce de maximiser l'étendue des droits de la personne requiert immanquablement l'ouverture aux droits d'autrui et la reconnaissance de ces droits. À cet égard, je dois dire que le fait de qualifier d'« intransigence » le fait pour une personne d'observer strictement ses croyances religieuses, comme l'a fait le juge Morin au par. 64, ne contribue pas à l'élaboration d'une solution éclairée au litige dont nous sommes saisis.

88 Finally, the respondent alleges that banning succahs on the appellants' balconies, portions of which are subject under the by-laws to a right of servitude in cases of emergency, ensures that the balconies, as fire escape routes, would remain unobstructed in the case of emergency and, as such, the ban seeks to protect the co-owners' rights to personal security under s. 1 of the Quebec *Charter*. I agree that security concerns, if soundly established, would require appropriate recognition in ascertaining any limit on the exercise of the appellants' religious freedom.

Enfin, l'intimé affirme que l'interdiction faite aux appelants d'installer des souccahs sur leur balcon respectif — balcon dont une partie est assujettie par le règlement à une servitude de passage aux fins d'évacuation en cas d'urgence — permet de faire en sorte que les balcons demeurent dégagés et utilisables comme voies d'évacuation en cas d'incendie, et qu'en ce sens elle tend à protéger le droit des copropriétaires à la sûreté de leur personne que leur garantit l'article premier de la *Charte* québécoise. J'estime moi aussi que, si l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité était solidement établie, elle devrait être prise en compte dans l'appréciation du bien-fondé de toute limite imposée à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.

89 However, in their October 14, 1997 letter to the respondent, the appellants obviated any such concerns by all offering to set up their succahs "in such a way that they would not block any doors, would not obstruct fire lanes, [and] would pose no threat to safety or security in any way".

Cependant, dans leur lettre du 14 octobre 1997 à l'intimé, les appelants ont dissipé toute inquiétude à cet égard en offrant tous d'installer leur souccah respective [TRADUCTION] « de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie, [et] à ne compromettre d'aucune façon la sécurité ».

90 Since the appellants have never claimed that the succah need have any exterior aesthetic religious component, the appellants should set up their succahs in a manner that conforms, as much as possible, with the general aesthetics of the property in order

Étant donné que les appelants n'ont jamais affirmé que les souccahs doivent comporter des signes religieux extérieurs, ils devraient installer les souccahs de la manière la plus harmonieuse possible avec l'apparence générale de l'immeuble, afin de

to respect the co-owners' property interests. Counsel for the appellants acknowledged this undertaking in oral argument.

C. Waiver

Dalphond J. held, and the respondent contends, that the appellants had waived their rights to freedom of religion — or had implicitly agreed with the terms of the by-laws — when they signed the declaration of co-ownership, and that the appellants must comply with the impugned provisions of the Sanctuaire's by-laws, including the general prohibition against decorations or constructions on balconies. I confess to some difficulty in understanding the legal basis for this proposition. Whether it amounts to “waiver” — or to waiver by another name —, the argument does not withstand scrutiny.

Whether one can waive a constitutional right like freedom of religion is a question that is not free from doubt: see, e.g., for cases where waiver was disapproved of: *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3, at para. 21; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 28. But see where cases recognized waiver: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647.

But I need not explore that question in this case. I say that because, even assuming that an individual can theoretically waive his or her right to freedom of religion, I believe that a waiver argument, or an argument analogous to waiver, cannot be maintained on the facts of this case for the following reasons.

respecter les droits de propriété des copropriétaires. L'avocat des appelants a confirmé cet engagement au cours des plaidoiries.

C. Renonciation

Le juge Dalphond a conclu — conclusion que reprend l'intimé — que les appelants ont soit renoncé à leur droit à la liberté de religion, soit implicitement accepté les conditions du règlement en signant la déclaration de copropriété et qu'ils doivent respecter les dispositions contestées du règlement du Sanctuaire, y compris l'interdiction générale visant les décorations et les constructions sur les balcons. J'avoue avoir de la difficulté à saisir le fondement juridique de cette proposition. Quant à savoir s'il s'agit d'une « renonciation » — ou de quelque chose d'analogue —, l'argument ne résiste pas à l'examen.

La question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations : voir, par exemple, les décisions suivantes, où la renonciation a été écartée : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 158; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, par. 21; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 28. Voir cependant les arrêts suivants, où la validité des renonciations a été reconnue : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525; *Frenette c. Métropolitaine (la), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.

Je n'ai toutefois pas à me pencher sur cette question dans le présent pourvoi, car même à supposer qu'il soit théoriquement possible à une personne de renoncer légitimement à son droit à la liberté de religion, je suis d'avis que les faits de l'espèce ne permettent pas d'accueillir un argument fondé sur la renonciation — ou un argument analogue —, et ce pour les raisons suivantes.

91

92

93

94 First, while the respondent claims that succahs are “plainly” and unconditionally prohibited under s. 2.6.3b) of the declaration of co-ownership, I am not persuaded that the purported prohibition comes more squarely under s. 2.6.3b) than under s. 9.3. On the contrary, both deal with the enclosure of balconies. However, unlike s. 2.6.3b), s. 9.3 does not create an absolute prohibition; rather, it permits the covering and enclosure of balconies, but only with the consent of the co-owners or the directors.

95 This inherent ambiguity obviates any question of waiver or implicit agreement on the part of the appellants. For if the prohibition can properly be construed as falling under s. 9.3, and if that clause does not contain an absolute prohibition but simply requires soliciting the consent of the co-owners to enclose one’s balcony, then the appellants’ signing of the declaration of co-ownership cannot possibly be construed as a waiver or as an implicit agreement not to build succahs; it simply recognizes the need to obtain consent from the co-owners before setting up a succah.

96 Second, by its very nature, waiver of any right must be voluntary, freely expressed and with a clear understanding of the true consequences and effects of so doing if it is to be effective: see *Richard, supra*, at para. 22.

97 Looking at our jurisprudence, in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, for example, La Forest J. stated that a right holder who has no other choice but to renounce a right cannot be said to have truly waived his or her right. In that case, an employee of the City of Longueuil was faced with the following choice: undertake to maintain her permanent residence in Longueuil for the duration of her employment or quit and seek employment elsewhere. In the words of La Forest J., at para. 72:

Premièrement, bien que les intimés prétendent que les succahs sont « clairement » et sans aucune réserve interdites par l’al. 2.6.3b) de la déclaration de copropriété, je ne suis pas convaincu que la prétendue prohibition repose plus sur cet alinéa que sur l’art. 9.3. Au contraire, les deux clauses portent sur la fermeture des balcons. Cependant, contrairement à l’al. 2.6.3b), l’art. 9.3 ne crée pas de prohibition absolue, mais permet de couvrir et de fermer un balcon, à la condition d’avoir obtenu le consentement des copropriétaires ou des administrateurs.

Cette ambiguïté intrinsèque fait obstacle à tout argument fondé sur l’existence de quelque accord implicite ou renonciation de la part des appelants. En effet, s’il est raisonnablement possible de considérer que la prohibition repose sur l’art. 9.3, et si cette clause ne constitue pas une prohibition absolue mais requiert seulement que l’intéressé demande aux copropriétaires l’autorisation de fermer son balcon, la signature de la déclaration de copropriété par les appelants ne saurait être assimilée à une renonciation ou à un engagement implicite de ne pas construire de succahs; cette clause signale seulement que les intéressés doivent obtenir le consentement des copropriétaires avant d’installer une succah.

Deuxièmement, de par sa nature même, la renonciation à un droit doit pour être valable avoir un caractère volontaire et avoir été exprimée librement et en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables : voir *Richard*, précité, par. 22.

Suivant notre jurisprudence, dans l’arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par exemple, le juge La Forest a précisé que, dans les cas où le titulaire du droit en cause n’avait pas d’autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d’affirmer qu’il y a vraiment renoncé. Dans cette affaire, une employée de la Ville de Longueuil se trouvait devant l’alternative suivante : s’engager à maintenir sa résidence permanente à Longueuil pendant la durée de son emploi ou quitter son emploi et s’en trouver un autre. Pour reprendre les propos exprimés par le juge La Forest, au par. 72 :

Stated simply, the respondent in this case had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation and, consequently, she cannot in any meaningful sense be taken to have freely given up her right to choose where to live. In civilian parlance, her acquiescence in signing the residence declaration was (as Baudouin J.A. found in the course of his public order analysis) tantamount to accepting a contract of adhesion and, as such, it cannot properly be understood to constitute waiver.

Because Ms. Godbout had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation, the Court held that she could not be taken to have freely given up her right to choose where to live.

Under the circumstances of the instant case, the appellants had no choice but to sign the declaration of co-ownership in order to live at the Sanctuaire. They had no more choice than Ms. Godbout did. It would be both insensitive and morally repugnant to intimate that the appellants simply move elsewhere if they took issue with a clause restricting their rights to freedom of religion. However, this attitude is explicitly reflected in what Morin J.A. proposed the appellants do at paras. 69-70:

[TRANSLATION] I believe the appellants will have to sacrifice their right to live in Place Northcrest if they cannot comply with the restrictions set out in the co-ownership agreement they freely signed.

... However, in the case at bar, the appellants could easily choose to live someplace other than Place Northcrest if they refuse to make any concessions whatsoever in terms of how they practise their religious beliefs.

In my view, since the appellants did not have a real choice, it would be incorrect to conclude that they voluntarily and validly waived their rights to religious freedom.

Further, in this case, there is no evidence whatsoever that the appellants were aware that signing the declaration of co-ownership amounted to a waiver of their rights to freedom of religion. In fact, the respondent admits that the appellants [TRANSLATION] “did not read these provisions on purchasing their co-owned property, although they were duly given a copy of the declaration of co-ownership”. If, as the respondent itself alleges, the

Tout simplement, l’intimée n’a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu’elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l’acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l’acceptation d’un contrat d’adhésion (comme le juge Baudouin l’a conclu dans son analyse de la question de l’ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation.

Comme M^{me} Godbout n’avait pas eu la possibilité de négocier la clause de résidence obligatoire, la Cour a jugé qu’elle n’avait pu avoir librement renoncé à son droit de choisir son lieu de résidence.

Dans les circonstances du présent pourvoi, les appelants n’avaient pas d’autre choix que de signer la déclaration de copropriété s’ils voulaient habiter au Sanctuaire. Ils n’avaient pas plus de latitude que M^{me} Godbout. Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s’ils ne sont pas d’accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion. C’est pourtant l’attitude qui ressort explicitement de la proposition faite aux appelants par le juge Morin, aux par. 69-70 :

[J]e crois que les appelants devront sacrifier leur droit d’habiter à Place Northcrest s’ils ne peuvent s’accommoder des restrictions contenues à l’acte de copropriété auquel ils ont librement souscrit.

... Par contre, dans la présente affaire, les appelants peuvent fort bien aller habiter ailleurs qu’à Place Northcrest s’ils refusent de faire quelque concession que ce soit dans la pratique de leurs croyances religieuses.

À mon avis, comme les appelants n’avaient pas réellement de choix, il serait erroné de conclure qu’ils ont valablement et volontairement renoncé à leur droit à la liberté de religion.

En outre, rien ne démontre en l’espèce que les appelants savaient que, en signant la déclaration de copropriété, ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. En fait, l’intimé admet que les appelants « n’ont pas pris connaissance de ces dispositions lors de l’achat de leur copropriété, bien qu’une copie de la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise ». Si, comme le prétend lui-même l’intimé, les appelants n’ont pas pris connaissance

appellants did not take note of these restrictions upon purchasing their units, despite the fact that a copy of the declaration of co-ownership was given to them, and were thus not aware of the general clauses therein prohibiting the setting up of such structures as succahs on their balconies, I believe it is safe to conclude that there was no clear understanding of the consequences of the alleged waiver.

100

Third, at a minimum, waiver of a fundamental right such as freedom of religion, if possible at all, presumably need not only be voluntary; it must also be explicit, stated in express, specific and clear terms. Not only would a general prohibition on constructions, such as the one in the declaration of co-ownership, be insufficient to ground a finding of waiver, but arguably so would any document lacking an explicit reference to the affected *Charter* right.

101

In the end, it is my view that the appellants did not voluntarily, clearly and expressly waive their rights to freedom of religion. Further, it cannot be said that the claimants had full knowledge that signing the co-ownership agreement would result in the waiver of their rights. I have no doubt that in signing the declaration, the furthest thing from the claimants' minds was that by doing so they were waiving their rights to freedom of religion, especially since s. 9.3 of the by-laws specifically allowed for enclosing portions of balconies with consent of the co-owners, which the appellants could have assumed would not be unreasonably withheld for the setting up of temporary succahs to celebrate the annual festival of Succot. In fact, the record shows that the intention of at least some of the appellants when purchasing their units was to acquire units specifically with unobstructed balconies, open to the heavens, so that they could technically put up a proper succah in accordance with the specifications of Jewish law.

de ces restrictions au moment de l'achat de leur appartement en copropriété, et ce malgré le fait qu'une copie de la déclaration de copropriété leur ait été remise, et si en conséquence ils n'étaient pas au fait des clauses générales y figurant qui interdisent l'installation de structures telle une souccah sur leur balcon, je crois qu'il est raisonnable de conclure que les appelants n'ont pas bien compris les conséquences de leur présumée renonciation.

Troisièmement, il est permis de penser que la décision de renoncer à un droit fondamental comme la liberté de religion — à supposer qu'il soit même possible de le faire — doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites. Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la *Charte* qui est visé.

En définitive, je suis d'avis que les appelants n'ont pas renoncé de façon claire, expresse et volontaire à leur droit à la liberté de religion. De plus, il est impossible d'affirmer que les demandeurs comprenaient parfaitement qu'en signant la déclaration de copropriété ils se trouveraient à renoncer à leurs droits. Je suis certain que, lorsqu'ils ont signé la déclaration, les appelants ne se doutaient nullement que ce faisant ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion, compte tenu particulièrement du fait que l'art. 9.3 du règlement permet expressément de fermer des parties de balcons avec le consentement des copropriétaires, consentement qui, les appelants pouvaient le supposer, ne leur serait pas déraisonnablement refusé s'ils demandaient à installer des souccahs pour célébrer la fête du Souccoth. En fait, le dossier révèle que, lorsque les appelants ont acheté leur appartement, au moins quelques-uns d'entre eux désiraient en acquérir un possédant précisément un balcon dégagé et non couvert, de façon à pouvoir y installer une souccah conforme aux prescriptions de la loi juive.

In light of the above, I do not believe the appellants in this case can be said to have waived their rights to freedom of religion in signing the declaration of co-ownership.

VII. Conclusions and Disposition

Based on the foregoing analysis, I find that the impugned provisions in the declaration of co-ownership prohibiting constructions on the appellants' balconies infringe the appellants' freedom of religion under the Quebec *Charter*. I also do not believe it can be maintained that the appellants waived their rights to freedom of religion or implicitly agreed not to set up succahs on their balconies for the religiously mandated period by signing the declaration of co-ownership. Under the circumstances, I find that the respondent's justificatory claims for this infringement are unfounded; the co-owners' personal security concerns are largely obviated and their property interests are, at most, minimally intruded upon. The appellants are thus legally entitled to set up succahs on their balconies for a period lasting no longer than the holiday of Succot, so long as the succahs allow room for a passageway in case of emergency as well as conform, as much as possible, with the general aesthetics of the property.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the decision of the Court of Appeal, and, in lieu thereof, declare that the appellants have a right to set up succahs on their balconies for the annual festival of Succot, subject to the undertakings they have given with regard to the size, placement, and general aesthetics of said succahs.

English version of the reasons of Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — This appeal concerns two cases involving private parties and raises the difficult problem of reconciling the freedom

Compte tenu de ce qui précède, je ne crois pas qu'il soit possible d'affirmer que, dans le présent pourvoi, les appelants ont renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété.

VII. Conclusions et dispositif

À la lumière de l'analyse qui précède, j'estime que les clauses contestées de la déclaration de copropriété prohibant les constructions sur les balcons des appelants portent atteinte à la liberté de religion garantie à ceux-ci par la *Charte québécoise*. Je suis également d'avis qu'il est impossible d'affirmer que, en signant la déclaration de copropriété, les appelants ont renoncé à leur droit à la liberté de religion ou qu'ils ont implicitement accepté de ne pas installer de souccahs sur leur balcon respectif durant la période prescrite par leur religion. Dans les circonstances, j'estime que les raisons invoquées par l'intimé pour justifier cette atteinte au droit des copropriétaires ne sont pas fondées; les inquiétudes exprimées relativement à la sûreté personnelle des copropriétaires ont été largement dissipées et l'atteinte causée à leurs droits de propriété est tout au plus minimale. Les appelants ont donc légalement le droit d'installer une souccah sur leur balcon respectif uniquement pendant la période correspondant à la fête du Souccoth, dans la mesure où la structure laisse un passage suffisant pouvant servir de voie d'évacuation en cas d'urgence et s'intègre le plus possible avec l'apparence générale de l'immeuble.

Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de déclarer que les appelants ont le droit d'installer une souccah sur leur balcon respectif pendant la fête annuelle du Souccoth, sous réserve des engagements qu'ils ont pris relativement à la taille, à l'emplacement et à l'esthétique générale de ces souccahs.

Les motifs des juges Bastarache, LeBel et Deschamps ont été rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Les deux affaires qui font l'objet de ce pourvoi mettent en cause des parties privées et posent le problème

102

103

104

105

of religion of certain individuals with the rights of others to private property, to security and to having their contracts respected. More specifically, it must be decided whether the appellants have the right to erect private succahs on their balconies during the nine-day Jewish holiday of Succot, in violation of the declaration of co-ownership for Phases VI and VII of the Sanctuaire du Mont-Royal. To decide these cases, we must establish what method should be used to determine which aspects of religious practice are protected by the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, how the sincerity of religious belief should be assessed, and how all the rights in question are to be balanced under s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

I. Facts

106

The appellants, who are practising Orthodox Jews, live in two buildings that are part of a residential development in Montréal called “Le Sanctuaire du Mont-Royal”. The two buildings, built in Phases VI and VII of the development project, are known more specifically as “Place Northcrest”. The co-owners of the two buildings are the members of a body known as “Syndicat Northcrest” (“Syndicat”), which is the respondent in the case at bar. The Syndicat is governed by a declaration of co-ownership, certain provisions of which are contested in the instant case.

A. *The Declaration of Co-Ownership*

107

The declaration of co-ownership imposes certain restrictions on the rights of the co-owners. The restrictions are found primarily in ss. 2.6.3, 6.5, 6.16 and 9.3 of the declaration, which read as follows:

[TRANSLATION]

2.6.3 Balconies, porches and patios — the owner of each exclusive portion (dwelling unit) with a door leading to a balcony, porch or patio adjoining his or her exclusive portion (dwelling unit) has the personal and exclusive use of the balcony, or of the portion of the porch adjoining his or her exclusive portion, subject to the following rules:

de la difficile conciliation de la liberté de religion des uns et du droit des autres à la propriété privée, à la sécurité et au respect des contrats. De façon plus précise, il s’agit de décider si les appelants ont le droit de construire une souccah privée sur leur balcon durant les neuf jours de la fête juive du Souccoth en violation de la déclaration de copropriété des phases VI et VII du Sanctuaire du Mont-Royal. Pour statuer sur ces affaires, nous sommes appelés à établir la méthode à suivre pour déterminer quels aspects de la pratique religieuse sont protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et la *Charte canadienne des droits et libertés*, la façon d’évaluer la sincérité d’une croyance religieuse et la façon de pondérer l’ensemble des droits en cause sous le régime de l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

I. Les faits

Les appelants, de religion juive et pratiquants orthodoxes, résident dans deux immeubles qui font partie d’un ensemble résidentiel connu sous le nom de « Le Sanctuaire du Mont-Royal », dans la ville de Montréal. Ces deux immeubles, qui ont été construits lors des phases VI et VII de ce développement résidentiel, sont plus précisément connus sous le nom de « Place Northcrest ». La collectivité des copropriétaires dans les deux immeubles constitue le « Syndicat Northcrest » (le « Syndicat »), l’intimé en l’espèce. Cet ensemble de copropriétaires est régi par une déclaration de copropriété, dont certaines dispositions sont contestées dans la présente affaire.

A. *La déclaration de copropriété*

La déclaration de copropriété impose certaines restrictions aux droits des copropriétaires. Celles-ci se retrouvent essentiellement aux art. 2.6.3, 6.5, 6.16 et 9.3 de la déclaration, dont voici le texte :

2.6.3 Balcons, galeries et patios — le propriétaire de chaque partie exclusive (unité de logement) de laquelle une porte conduit à un balcon, une galerie ou un patio attenant à sa partie exclusive (unité de logement) a l’usage particulier et exclusif de ce balcon, ou la partie contiguë à sa partie exclusive de cette galerie, sous réserve des règles ci-après établies :

a) On porches, an area at least as wide as is required under fire safety by-laws must be kept free of garden furniture and other accessories, as the porches serve as emergency exits.

b) No owner may enclose or block off any balcony, porch or patio in any manner whatsoever or erect thereon constructions of any kind whatsoever.

a) pour ce qui est des galeries, elles devront être laissées libres de meubles de jardins et autres accessoires sur une largeur au moins égale aux exigences des règlements d'incendie, ces galeries constituant des sorties de secours en cas d'urgence;

b) pour ce qui est des balcons, patios et des galeries, aucun propriétaire n'aura le droit de les fermer ou de les isoler de quelque façon que ce soit ou d'y faire des constructions de quelque nature que ce soit;

Perpetual rights of way for emergency situations (including elevator breakdowns) are hereby created in favour of all the above-mentioned exclusive portions (dwelling units), the dominant land, on the common portions, namely every porch, balcony, terrace or patio, the servient lands.

6.5 UNIFORMITY OF DÉCOR IN THE BUILDING

Entrance doors to the exclusive portions (dwelling units), windows, painted exterior surfaces and, in general, any exterior elements contributing to the overall harmony of the building's appearance may under no circumstances be altered, even if they are part of the limited common portions, without first obtaining the written permission of the Board of Directors, who themselves must first obtain the approval of the co-owners at a general meeting.

6.16 EXTERIOR DECORATIONS PROHIBITED

Co-owners may not decorate, paint or alter the exterior of the exclusive portions in any way whatsoever without first obtaining the written consent of the Board of Directors, subject to any exceptions provided for in this declaration.

9.3 BALCONIES AND PORCHES

Subject to the law and to this declaration, each co-owner having exclusive use of a balcony or a portion of a porch adjoining his or her exclusive portion (dwelling unit), as provided for in clause 2.6.3, shall keep said balcony or portion of the porch clean. The co-owner having exclusive use of said balcony or portion of the porch is solely responsible for the day-to-day maintenance thereof. . . .

Furthermore, subject to acts and regulations of general application, nothing other than usual outdoor furniture may be left or stored on a balcony or porch without first obtaining permission in writing from the Board of Directors. Under no circumstances may balconies or porches be used for drying laundry, towels, etc.

et par les présentes, des servitudes perpétuelles de droit de passage en cas d'urgence (y inclus des pannes d'ascenseurs) sont créées en faveur de toutes les parties exclusives ci-dessus mentionnées (unités de logement), comme fonds dominant, contre les parties communes constituant chacune des galeries, balcons, terrasses ou patios comme fonds servants.

6.5 UNIFORMITÉ DE LA DÉCORATION DANS L'ÉDIFICE

Les portes d'entrée des parties exclusives (unités de logement), les fenêtres, les surfaces extérieures peintes et, en général, tous les éléments extérieurs contribuant à l'harmonie de l'ensemble, ne peuvent en aucun cas être modifiés, même s'ils font partie des parties communes limitées, sans l'autorisation écrite préalable des administrateurs ayant eux-mêmes obtenu l'approbation des copropriétaires en assemblée.

6.16 AUCUNE DÉCORATION EXTÉRIEURE

L'extérieur des parties exclusives ne peut être décoré, peinturé ou modifié par les copropriétaires, de quelque façon que ce soit, sans le consentement écrit préalable des administrateurs, à moins d'une exception spécifiquement contenue dans la présente déclaration.

9.3 BALCONS ET GALERIES

Sujet aux dispositions de la loi et de la présente déclaration, chaque copropriétaire ayant l'usage exclusif d'un balcon ou d'une partie de galerie attaché à sa partie exclusive (unité de logement), tel que ci-dessus prévu à l'article 2.6.3, doit conserver ce balcon et cette partie de galerie propre. L'entretien quotidien de ce balcon et de cette partie de galerie est la responsabilité exclusive du propriétaire en ayant l'usage exclusif. . . .

De plus sous réserve des dispositions des lois et règlements d'application générale, rien ne peut être placé ou entreposé sur un balcon ou galerie, autre que du mobilier usuel d'extérieur, sans l'approbation écrite préalable des administrateurs. Les balcons et galeries ne peuvent en aucun cas être utilisés pour faire sécher de la lessive, des serviettes, etc.

No balcony or porch may be decorated, covered, enclosed or painted in any way whatsoever without the prior written permission of the co-owners or the Board of Directors, as the case may be.

Aucun balcon ou galerie ne peut être décoré, couvert, fermé ou peinturé de quelque manière que ce soit, sans le consentement écrit préalable des copropriétaires ou des administrateurs selon le cas.

108 The declaration of co-ownership provides that patios, porches and balconies, including those set up as terraces, are considered to be common portions. However, these common portions are reserved for the exclusive use of the co-owners of the exclusive portions (s. 2.6). The declaration also requires that all co-owners comply with the law, with the declaration itself and with all by-laws passed by the co-owners and directors (ss. 6.13 and 20.2), and it further provides that [TRANSLATION] “[t]he purchase, lease or occupation of an exclusive portion constitutes ipso facto an express acceptance of the applicable provisions of the law, of this declaration and of said by-laws” (s. 20.2). Although it is clear from the evidence that the appellants did not read the declaration of co-ownership before purchasing or occupying their dwelling units, they are deemed, pursuant to s. 20.2, to have accepted the terms and conditions of the declaration.

La déclaration de copropriété prévoit que les patios, les galeries et les balcons, y compris ceux aménagés en terrasses, sont des parties communes; toutefois, ces parties communes sont réservées à l’usage exclusif des copropriétaires de parties exclusives (art. 2.6). Elle prévoit également que les copropriétaires sont tenus de se conformer à la loi, à la déclaration et aux règlements adoptés par les copropriétaires et administrateurs (art. 6.13 et 20.2), et stipule que « [l]’achat d’une partie exclusive ou la signature d’un bail ou l’occupation d’une partie exclusive constituent ipso facto une acceptation expresse des dispositions de la loi, de la présente déclaration et desdits règlements » (art. 20.2). Quoique la preuve démontre que les appelants n’ont pas lu la déclaration de copropriété avant l’achat ou l’occupation de leur unité de logement, ils sont présumés, selon l’art. 20.2, avoir accepté les modalités de la déclaration.

109 The declaration of co-ownership also charges the members of the Syndicat’s board of directors with preserving the immovable, maintaining and managing the common portions and ensuring that the co-owners of the private portions comply with the declaration of co-ownership (ss. 12.2 and 12.2.8).

La déclaration de copropriété confère également aux membres du conseil d’administration du Syndicat le devoir d’assurer la conservation de l’immeuble, l’entretien et l’administration des parties communes, ainsi que de veiller à ce que les copropriétaires des parties exclusives respectent les dispositions de la déclaration de copropriété (art. 12.2 et 12.2.8).

110 The immovables making up Place Northcrest, which the respondent described as [TRANSLATION] “very luxurious”, are upscale buildings whose co-owners have a marked interest in maintaining their harmony and aesthetic value. The declaration of co-ownership in fact provides that no co-owner may, directly or indirectly, change the destination of the immovable or alienate common portions the retention of which is necessary to the destination of the immovable without obtaining the unanimous consent of the other co-owners (s. 13.5.4).

Les immeubles faisant partie de Place Northcrest, décrits par l’intimé comme ayant un « caractère de grand luxe », sont des immeubles haut de gamme dont les copropriétaires ont un souci marqué pour la préservation de l’harmonie et du caractère esthétique. De fait, la déclaration de copropriété prévoit qu’aucun copropriétaire ne peut, directement ou indirectement, changer la destination de l’immeuble, ni décider de l’aliénation de parties communes dont la conservation est nécessaire à la destination de l’immeuble, sans avoir obtenu le consentement unanime des autres copropriétaires (art. 13.5.4).

Despite the appellants' allegations that the Syndicat had applied the declaration of co-ownership inconsistently, the trial judge found that, on a preponderance of evidence, it had [TRANSLATION] "applied the restrictions in the declaration of co-ownership in a consistent manner" ([1998] R.J.Q. 1892, at p. 1901). Thus, since 1993, the Syndicat had asked co-owners to remove, in particular, fencing (wooden trellises) that had been installed on balconies and, in 1997, a satellite dish.

B. *Events Leading to the Legal Proceedings*

The appellants, as practising Orthodox Jews, celebrate Succot, a holiday that begins four days after "Yom Kippur", that is, on the 15th day of the month of "Tishrei" in the Jewish calendar. The trial judge gave the following description of the holiday (at p. 1897):

[TRANSLATION] ... practising Jews must, for a period of eight days beginning at sunset on the first day, dwell in a succah, that is, a rough structure made of wood or canvas with an open roof covered with only fir branches or bamboo, as the roof must for the most part remain open to the sky.

Although the biblical commandment is to "dwell" in succahs, the climate in the Montréal area is such that practising Jews, including the appellants, do not in fact dwell in them. Instead, the mandatory religious practice is apparently to eat supper on the first day and all meals on the second day in a succah. The obligation is less strict for the days that follow.

On October 10, 1997, Mr. Amselem asked the Syndicat for permission to erect a succah for a period of 11 days, that is, from October 14 to 25, 1997. The respondent refused, maintaining that this was prohibited under the declaration of co-ownership. However, the Syndicat offered to set up a large tent near one of the towers, which would serve as a communal succah for all Jewish co-owners wishing to celebrate Succot. This offer, to which the appellant Amselem agreed, was also approved by the Canadian Jewish Congress, which acknowledged [TRANSLATION] "the efforts made by Syndicat

Malgré les allégations des appelants selon lesquelles le Syndicat applique de façon non conforme la déclaration de copropriété, le juge de première instance a conclu, selon la prépondérance de la preuve, qu'il « a appliqué de manière uniforme les restrictions à la déclaration de copropriété » ([1998] R.J.Q. 1892, p. 1901). En effet, depuis 1993, il a demandé à des copropriétaires d'enlever, notamment, des grillages (treillis de bois) qui avaient été installés sur des balcons et en 1997 une antenne parabolique.

B. *Les événements ayant mené à l'action en justice*

Étant de confession juive et pratiquant leur religion de façon orthodoxe, les appelants célèbrent la Souccoth, fête qui commence quatre jours après le « Yom Kippour », soit le 15^e jour du mois de « Tishri » du calendrier juif. Le juge de première instance la décrit ainsi (p. 1897) :

... le juif pratiquant doit, pendant une période de huit jours à compter du coucher du soleil de la première journée, résider dans une souccah, à savoir une petite cabane de bois ou de toile avec un toit ouvert vers le ciel et couvert seulement de branches de sapin ou de bambou, puisque le toit doit demeurer en grande partie à ciel ouvert.

Bien que le commandement biblique soit d'« habiter » dans la souccah, les conditions climatiques de la région de Montréal font en sorte que les juifs pratiquants, dont les appelants, n'y résident pas. La pratique religieuse obligatoire serait plutôt de prendre le repas du soir du premier jour et tous les repas du deuxième jour dans une souccah. L'obligation est moins forte pour les jours suivants.

Le 10 octobre 1997, M. Amselem demande au Syndicat l'autorisation de construire une souccah pour 11 jours, soit du 14 au 25 octobre 1997. Cette permission lui est refusée par l'intimé, qui considère que cela est interdit par la déclaration de copropriété. Toutefois, le Syndicat a offert d'installer, à proximité d'une des tours, une grande tente qui servirait de souccah commune à tous les copropriétaires de religion juive désirant célébrer la Souccoth. Cette offre, à laquelle l'appellant Amselem avait donné son accord, a également reçu l'assentiment du Congrès juif canadien, qui a reconnu « les efforts

111

112

113

114

Northcrest and the members of its board of directors to accommodate Jewish co-owners wishing to comply with religious obligations relating to the festival of Succot”.

déployés par le syndicat Northcrest et les membres de son conseil d’administration, afin d’accommoder les co-propriétaires de confession juive qui désirent se conformer aux prescriptions religieuses relatives à la fête de Souccoth ».

115 Notwithstanding Mr. Amselem’s earlier acceptance, the appellants decided this offer was unacceptable and proceeded to erect succahs on the balconies, porches or patios adjoining their respective dwelling units. In response, the Syndicat took legal action, filing a motion to institute proceedings and an application for an injunction to bar the appellants, immediately and in the future, from erecting succahs on the common portions of the co-owned property that are reserved for exclusive use and, if need be, to have any such structures demolished or dismantled.

Jugeant cette offre inacceptable, malgré l’accord antérieur de M. Amselem, les appelants construisent une souccah sur leur balcon, galerie ou patio jouxtant leur unité de logement respective. En réponse, le Syndicat entreprend des procédures judiciaires, par la voie d’une requête introductive d’instance et d’une demande d’injonction, visant à empêcher dorénavant les appelants de construire des souccahs sur les parties communes à usage exclusif de la copropriété et à faire démolir ou démanteler, le cas échéant, de pareilles structures.

II. Judicial History

A. *Superior Court*, [1998] R.J.Q. 1892

II. Décisions antérieures

A. *Cour supérieure*, [1998] R.J.Q. 1892

116 Rochon J. considered that the declaration of co-ownership clearly prohibited the erection of succahs on balconies, porches or patios. After reviewing the declaration of co-ownership, he reached the following conclusion (at p. 1899):

Le juge Rochon estime que la déclaration de copropriété interdit clairement l’aménagement d’une souccah sur les balcons, galeries et patios. Après avoir examiné la déclaration de copropriété, il conclut (p. 1899) :

[TRANSLATION] On reading together all the clauses containing restrictions, the Court quickly concluded that the erection of succahs is prohibited. Whether or not the succah is considered a construction is of little consequence. Enclosing, blocking off or decorating a balcony or patio in any way whatsoever is prohibited. In short, apart from the usual outdoor furniture, owners may not make any alterations to the exterior. They may not place anything whatsoever outside. When considered as a whole, these restrictions demonstrate a clear intent to maintain the original condition and uniform appearance of the building’s exterior.

La lecture de l’ensemble des dispositions contenant des restrictions amène le Tribunal à conclure rapidement que l’érection de souccah est interdite. Que la souccah soit considérée comme une construction ou non, cela importe peu. Il n’est pas permis de fermer, d’isoler ou de décorer un balcon, un patio, de quelque manière que ce soit. Bref, sauf pour du mobilier usuel extérieur, le propriétaire ne peut apporter aucune modification extérieure. Il ne peut y placer quoi que ce soit. Les restrictions, lues dans leur ensemble, font voir une volonté non équivoque d’uniformité et du maintien de l’apparence extérieure de l’immeuble dans sa condition originale.

117 Rochon J. then examined art. 1056 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), which provides for restrictions on the rights of co-owners insofar as they are justified (1) by the destination of the immovable, (2) by its characteristics, or (3) by its location. Next, he noted that the constituting act of co-ownership (1) provided that the destination of the immovable is strictly residential, (2) described the immovable as a luxurious, upscale development

Le juge Rochon analyse ensuite l’art. 1056 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), qui prévoit des restrictions aux droits des copropriétaires dans la mesure où elles sont justifiées par (1) la destination de l’immeuble, (2) ses caractères ou (3) sa situation. Ensuite, il note que l’acte constitutif de copropriété (1) reconnaît à l’immeuble une destination exclusivement résidentielle, (2) reconnaît qu’il s’agit d’un complexe immobilier luxueux et

and (3) placed special importance in the building's aesthetic value and exterior harmony. Rochon J. found the restrictions imposed on the co-owners by the declaration of co-ownership as regards the use of the common portions reserved for exclusive use to be consistent with art. 1056 C.C.Q. In his view, the evidence showed that, since taking control of the immovable in 1991, the respondent had applied the restrictions provided for in the declaration of co-ownership in a consistent and uniform manner.

Rochon J. went on to review the effect of the restrictions on the appellants. After reviewing the case law, he noted that freedom of religion can be relied on only if there is a connection or nexus between the asserted right and what is considered mandatory pursuant to the religious teachings upon which the right is based. In his view, the evidence showed that Judaism does not require practising Jews to have their own succahs and that there is no commandment as to where they must be erected. He concluded that the restrictions did not prevent the appellants from fulfilling their religious obligations and consequently did not infringe their freedom of religion.

In case this conclusion was overturned, Rochon J. then considered the question of whether the accommodation proposed by the respondent was reasonable in the circumstances. He pointed out that the Syndicat had adopted a respectful and deferential attitude with respect to the appellants' rights, had given the appellants an opportunity to express their point of view and had proposed a reasonable solution accommodating their needs by offering to erect a communal succah on land close to one of the buildings, at the expense of all the co-owners, in a place that would have allowed the appellants to comply with the precepts of their religion. Rochon J. criticized the appellants for their failure to show flexibility or a spirit of compromise in categorically refusing this compromise. In his view, the appellants' inflexibility showed that they were not interested in reaching a solution that would be acceptable to all concerned.

Continuing with the assumption that the appellants' freedom of religion had been infringed,

haut de gamme, et (3) attribue une importance particulière à l'esthétique et à l'harmonie extérieure de l'immeuble. Le juge Rochon conclut que les restrictions imposées aux copropriétaires par l'acte constitutif quant à l'utilisation des parties communes à usage exclusif sont conformes à l'art. 1056 C.c.Q. Il retient de la preuve que, depuis sa prise en charge de l'immeuble en 1991, l'intimé a appliqué de façon constante et uniforme les restrictions prévues dans la déclaration de copropriété.

Par la suite, le juge Rochon étudie l'effet des restrictions sur les appelants. Après une revue de la jurisprudence, il retient que la liberté de religion ne peut être invoquée que s'il existe un rapport entre le droit revendiqué et le contenu obligatoire de l'enseignement religieux sur lequel le droit est fondé. Selon lui, la preuve démontre que la religion juive n'impose pas au juif pratiquant l'obligation de posséder sa propre souccah et qu'il n'existe aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être installée. Il en conclut que les restrictions n'empêchent pas les appelants d'accomplir leurs devoirs religieux et, par conséquent, ne portent pas atteinte à leur liberté de religion.

Advenant que cette conclusion soit écartée, le juge Rochon s'interroge ensuite sur les mesures d'accommodement proposées par l'intimé, se demandant si elles sont raisonnables en l'espèce. Il souligne que le Syndicat a adopté une attitude respectueuse et déférentielle à l'égard des droits des appelants, leur a donné l'occasion de manifester leur point de vue et leur a proposé une solution d'accommodement raisonnable en offrant de construire une souccah commune sur un terrain à proximité de l'un des immeubles, à un endroit qui leur aurait permis de se conformer aux préceptes de leur religion, le tout à la charge de l'ensemble des copropriétaires. Le juge Rochon reproche aux appelants d'avoir fait preuve ni de souplesse ni d'esprit de compromis en refusant catégoriquement ce compromis. Selon lui, cette inflexibilité de la part des appelants révèle qu'ils ne désirent pas contribuer à la recherche d'une solution acceptable pour tous.

Toujours dans l'hypothèse où il y aurait eu atteinte à la liberté de religion des appelants, le

118

119

120

Rochon J. found that the infringement could be justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. He noted that the declaration of co-ownership created a right of way on balconies for emergency situations and determined that the erection of succahs on balconies and terraces posed a risk to the residents' safety. He also felt that the erection of succahs affected the co-owners' right to free enjoyment of their property — a *Charter* right that in his opinion is on an equal footing with any fundamental freedom guaranteed by the *Charter* — under the agreement they had signed. He therefore concluded that the objectives of the declaration were legitimate and that the measures were implemented in a reasonable and rational manner with respect to those objectives.

121 Rochon J. accordingly issued a permanent injunction ordering the appellants to refrain from setting up any shelter, structure, construction or succah on the common portions reserved for the exclusive use of the co-owners.

B. *Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 906

1. Dalphond J. (*ad hoc*)

122 Dalphond J. began by confirming that the impugned provisions of the declaration of co-ownership prohibited the erection of succahs on balconies, porches, and patios. Since these provisions limited the residents' enjoyment of their balconies, porches or patios, they restricted the co-owners' rights. Dalphond J. also agreed with the trial judge's conclusion that the impugned provisions imposed restrictions that were valid under art. 1056 C.C.Q. He found that the provisions were adopted first to preserve the building's style and its aesthetic appearance of a luxury building, and also to ensure the residents' safety.

123 With regard to the applicability of the Quebec *Charter*, Dalphond J. pointed out that the impugned provisions were found not in a statute, but in a contract that the appellants had freely signed when they purchased a co-owned property in Place Northcrest. For this reason, he considered that only s. 13 of the Quebec *Charter* was applicable. Since the constituting act of co-ownership was a "juridical act" within

juge Rochon conclut que celle-ci pouvait se justifier selon l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Soulignant que la déclaration de copropriété crée une servitude de passage sur les balcons pour les cas d'urgence, le juge Rochon détermine que la construction de souccahs sur les balcons et terrasses comporte des risques pour la sécurité des résidents. Il estime également qu'elle affectait le droit des copropriétaires à la libre jouissance de leurs biens selon la convention établie entre eux, droit qui est prévu dans la *Charte* et qui est égal, à son avis, à toute liberté fondamentale garantie par cette même *Charte*. Il conclut donc que les objectifs de la déclaration sont légitimes et que les mesures sont implantées de façon raisonnable et rationnelle par rapport au but visé.

Le juge Rochon prononce donc une injonction permanente ordonnant aux appelants de s'abstenir d'installer abri, structure, construction ou souccah sur les parties communes à usage exclusif de la copropriété.

B. *Cour d'appel*, [2002] R.J.Q. 906

1. Le juge Dalphond (*ad hoc*)

Le juge Dalphond a premièrement confirmé que les dispositions attaquées de l'acte de copropriété interdisent l'installation de souccahs sur les balcons, galeries et patios. Comme ces dispositions limitent la jouissance que peuvent avoir les résidents de leurs balcons, galeries ou patios, elles restreignent les droits des copropriétaires. Le juge Dalphond partage également les conclusions du premier juge en ce que les dispositions attaquées imposent des restrictions valides au sens de l'art. 1056 C.c.Q. Il juge que les dispositions ont d'abord été adoptées dans le but de préserver le cachet de l'immeuble, son esthétique extérieure comme immeuble luxueux, et ensuite pour des raisons de sécurité.

En ce qui concerne l'applicabilité de la *Charte* québécoise, le juge Dalphond souligne que les dispositions contestées ne sont pas contenues dans un texte législatif, mais bien dans un contrat auquel ont adhéré librement les appelants lors de leur achat d'une copropriété à la Place Northcrest. Conséquemment, il est d'avis que la seule disposition qui trouve application est l'art. 13 de la *Charte*

the meaning of s. 13, Dalphond J. stated that the issue was whether its provisions concerning the use of balconies, patios and terraces were discriminatory within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*.

Applying the three-step test from *Québec (Procureur général) v. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.), he noted that, at first glance, the impugned provisions were neutral in application, as they prohibited all residents from placing anything other than ordinary furniture on their balconies, porches or patios. In his view, the restrictions did not affect the appellants any differently from other co-owners with religious beliefs, nor were they any more prejudicial to co-owners with religious beliefs than to those who did not hold such beliefs. In short, Dalphond J. found that the impugned provisions were not discriminatory within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*.

Dalphond J. concluded that the trial judge had correctly stated the law in finding that the appellants were not under a religious obligation to set up succahs on their balconies, terraces or patios during Succot and that what was in issue was [TRANSLATION] “an act that they wished to carry out in 1996 and 1997 to discharge a moral obligation to celebrate Succot. This is a finding of fact made by the trial judge that is supported by the evidence independently of the debate between the two rabbis” (para. 153). He concluded that the appellants’ right to freedom of religion had not been infringed. In his view, s. 9.1 of the Quebec *Charter* is not relevant to the case, as it does not apply to violations of s. 10 or s. 13. He also considered it unnecessary to rule on the issue of the duty to accommodate, given that the appellants had failed to prove discrimination within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*.

Dalphond J. was of the view that the appeal should be dismissed, and Baudouin J.A. concurred with his reasons.

québécoise. Comme l’acte constitutif de copropriété est un « acte juridique » au sens de l’art. 13, le juge Dalphond affirme qu’il s’agit de se demander si les dispositions qui s’y trouvent concernant l’utilisation des balcons, patios et terrasses sont discriminatoires au sens de l’art. 10 de la *Charte* québécoise.

Appliquant le test en trois étapes de l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.), il remarque qu’à première vue, les dispositions attaquées sont neutres car elles ont pour effet d’interdire à tous les résidents d’installer sur leurs balcons, galeries ou patios tout objet autre que du mobilier usuel. Selon lui, non seulement ces restrictions n’affectent-elles pas différemment les appelants par rapport aux autres copropriétaires ayant des convictions religieuses, mais elles n’affectent pas non plus de façon préjudiciable les copropriétaires ayant des croyances religieuses par rapport à ceux qui n’en ont pas. Bref, le juge Dalphond considère comme non discriminatoires au sens de l’art. 10 de la *Charte* québécoise les dispositions contestées.

Le juge Dalphond conclut que le premier juge s’est bien dirigé en droit en retenant que les appelants n’avaient pas l’obligation religieuse d’installer une souccah sur leur balcon, terrasse ou patio durant la Souccoth et qu’il devait traiter « d’un geste qu’ils souhaitaient poser en 1996 et 1997 pour faciliter leur obligation morale de célébrer la Souccot[h]. Il s’agit là d’une conclusion de fait qu’a tirée le premier juge et qui est supportée par la preuve, indépendamment du débat entre les deux rabbins » (par. 153). Il en conclut que les appelants n’ont pas subi de préjudice quant à leur droit à la liberté de religion. Selon lui, l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise n’est pas pertinent, car il ne s’applique pas à une violation des art. 10 ou 13. Il estime également qu’il n’est pas nécessaire de se prononcer sur la question d’obligation d’accommodement, étant donné que les appelants n’ont pas pu établir la preuve de discrimination au sens de l’art. 10 de la *Charte* québécoise.

Le juge Dalphond est d’avis de rejeter l’appel. Le juge Baudouin souscrit à ses motifs.

124

125

126

2. Morin J.A.

127 Morin J.A. felt that the trial judge had adopted an unduly restrictive interpretation of the very concept of freedom of religion. In his view, the provisions of the act of co-ownership infringed the freedom of religion expressly recognized in s. 3 of the Quebec *Charter*.

128 Morin J.A. then proceeded to apply the three-step "unified approach" to analysing claims of discrimination that this Court advocated in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, adapting the test to the context of private relations between a syndicate of co-owners and certain of the co-owners. He relied on art. 1039 C.C.Q. to conclude that the restrictions had been adopted for a purpose rationally connected to the management of the immovable. He then relied on art. 1056 C.C.Q. to conclude that the restrictions had been adopted in an honest and good faith belief that they were necessary to the fulfilment of that legitimate purpose.

129 Regarding the third step of the test, that is, the analysis of undue hardship, Morin J.A. stated that the appellants' inflexible and intransigent attitude had made any accommodation virtually impossible. He therefore concluded that the Syndicat had discharged its duty to accommodate by making reasonable offers to the appellants, and that it would have suffered undue hardship had it been forced to accede to their demands. Thus, he adopted the trial judge's findings on this point.

130 With respect to s. 9.1 of the Quebec *Charter*, Morin J.A. was of the opinion that the trial judge had stated the law correctly when he concluded that the restrictions imposed on the co-owners constituted reasonable limits that were justified under s. 9.1, especially since the restrictions applied to portions of the property where the right of ownership was held in common. Like Dalphond J., Morin J.A. was of the view that the appeal should be dismissed.

2. Le juge Morin

Pour sa part, le juge Morin considère que le premier juge a donné une interprétation trop restrictive à la notion même de liberté de religion. Selon lui, les dispositions de l'acte de copropriété portent atteinte à la liberté de religion expressément reconnue à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

Le juge Morin procède ensuite à l'application de la « méthode unifiée » en trois étapes pour examiner les demandes alléguant discrimination, méthode préconisée par la Cour dans l'affaire *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, adaptant le test au cadre des relations privées entre un syndicat de copropriétaires et certains de ces derniers. Il se fonde sur l'art. 1039 C.c.Q. pour décider que les restrictions ont été édictées dans un but rationnellement lié à l'administration de l'immeuble. Ensuite, il se fonde sur l'art. 1056 C.c.Q. pour conclure que les restrictions ont été adoptées sur la base d'une croyance sincère qu'elles étaient nécessaires pour la réalisation du but légitime.

En ce qui concerne la troisième étape du test, soit l'analyse de la contrainte excessive, le juge Morin affirme que l'attitude rigide et intransigeante des appelants a rendu quasiment impossible toute solution d'accommodement. Il conclut donc que le Syndicat s'est déchargé de son obligation d'accommodement en faisant aux appelants des offres raisonnables et qu'il aurait subi une contrainte excessive s'il avait dû faire droit à leurs exigences. Il maintient donc les conclusions du premier juge sur ce point.

Quant à l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, le juge Morin est d'avis que le premier juge s'est bien dirigé en droit quand il a conclu que les restrictions imposées aux copropriétaires constituent des limites raisonnables se justifiant au sens de l'art. 9.1, d'autant plus qu'elles portent sur des parties où le droit de propriété est commun. Comme le juge Dalphond, le juge Morin est d'avis de rejeter l'appel.

III. Relevant Statutory Provisions

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

PRELIMINARY PROVISION

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.

1056. No declaration of co-ownership may impose any restriction on the rights of the co-owners except restrictions justified by the destination, characteristics or location of the immovable.

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.

He also possesses juridical personality.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

IV. Analysis

A. *The Scope of Freedom of Conscience and Religion*

Freedom of conscience and religion is guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* and s. 2(a) of the Canadian *Charter*. Although most, if not all, of this Court's decisions relating to freedom of religion have interpreted s. 2(a) of the Canadian *Charter*, it is appropriate to refer to them in interpreting s. 3

III. Dispositions législatives pertinentes

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

DISPOSITION PRÉLIMINAIRE

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

1056. La déclaration de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires, sauf celles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères ou sa situation.

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.

Il possède également la personnalité juridique.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

IV. Analyse

A. *La portée de la liberté de conscience et de religion*

La liberté de conscience et de religion est garantie à l'art. 3 de la *Charte* québécoise et à l'al. 2a) de la *Charte* canadienne. Quoique la majorité, voire la totalité, des arrêts de la Cour sur la question de la liberté de religion interprètent l'al. 2a) de la *Charte* canadienne, il est opportun d'y recourir afin

of the Quebec *Charter*, given the similarity in the wording of the two provisions.

d'éclairer l'interprétation qu'il faut donner à l'art. 3 de la *Charte* québécoise, étant donné la similitude dans les libellés de ces dispositions.

133 In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court had occasion to interpret s. 2(a) of the Canadian *Charter* for the first time. Dickson J. (as he then was) made a number of comments that now form the basis of our interpretation of freedom of religion (at pp. 336-37):

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, la Cour a eu, pour la première fois, l'occasion d'interpréter l'al. 2a) de la *Charte* canadienne. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait plusieurs commentaires qui constituent aujourd'hui les bases de notre appréciation de la liberté de religion (p. 336-337) :

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

... Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

... La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

134 A year later, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759, Dickson C.J. wrote the following:

Un an plus tard, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759, le juge en chef Dickson précise :

The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices.

L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques.

135 These passages seem to show that this Court has interpreted freedom of religion as protecting both religious beliefs, which are considered to be highly personal and private in nature, and consequent religious practices. However, a religion is a system of beliefs and practices based on certain religious precepts. A nexus between personal beliefs and the religion's precepts must therefore be established. This point of view is consistent with those encountered in other common law jurisdictions: *Bowman v. Secular Society, Ltd.*, [1917] A.C. 406 (H.L.); *R. v. Registrar General, Ex parte Segerdal*, [1970] 2 Q.B.

À la lumière de ces passages, il appert que la liberté de religion a été interprétée par la Cour comme protégeant les croyances religieuses, celles-ci étant considérées comme éminemment personnelles et intimes, de même que les pratiques religieuses qui en découlent. Il reste que la religion est un système de croyances et de pratiques basées sur certains préceptes religieux. Il faut donc établir un lien entre les croyances personnelles et les préceptes de la religion. Ce point de vue est conforme à ce que l'on retrouve dans les autres ressorts de common law : *Bowman c. Secular Society, Ltd.*, [1917] A.C.

697 (C.A.); *Barralet v. Attorney General*, [1980] 3 All E.R. 918 (Ch. D.); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Religious precepts constitute a body of objectively identifiable data that permit a distinction to be made between genuine religious beliefs and personal choices or practices that are unrelated to freedom of conscience. Connecting freedom of religion to precepts provides a basis for establishing objectively whether the fundamental right in issue has been violated. By identifying with a religion, an individual makes it known that he or she shares a number of precepts with other followers of the religion. The approach I have adopted here requires not only a personal belief or the adoption of a religious practice that is supported by a personal belief, but also a genuine connection between the belief and the person's religion. In my view, the only way the trial judge can establish that a person has a sincere belief, or has sincerely adopted a religious practice that is genuinely connected with the religion he or she claims to follow, is by applying an objective test. It is one thing to assert that a practice is protected even though certain followers of the religion do not think that the practice is included among the religion's precepts and quite another to assert that a practice must be protected when none of the followers think it is included among those precepts. If, pursuant to s. 3, a practice must be connected with the religion, the connection must be objectively identifiable.

This Court has also noted on a number of occasions that freedom of religion, like any other freedom, is not absolute: *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 29; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 182. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. La Forest J. explained this as follows in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 72:

406 (H.L.); *R. c. Registrar General, Ex parte Segerdal*, [1970] 2 Q.B. 697 (C.A.); *Barralet c. Attorney General*, [1980] 3 All E.R. 918 (Ch. D.); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Les préceptes religieux constituent en effet un ensemble de données objectivement identifiables. Ils permettent de faire la distinction entre les croyances religieuses véritables et les choix personnels ou pratiques qui n'ont rien à voir avec la liberté de conscience. Le rattachement de la liberté de religion à des préceptes fournit une assise permettant d'établir de façon objective s'il y a eu violation du droit fondamental en cause. Celui qui s'identifie à une religion signifie par le fait même qu'il partage un certain nombre de préceptes avec les autres adeptes de cette religion. L'approche que j'ai adoptée ici nécessite la croyance personnelle ou l'adoption d'une pratique religieuse qui trouve appui dans une croyance personnelle, mais aussi un lien de rattachement véritable de cette croyance avec la religion de cette personne. Le juge du procès ne saurait, à mon avis, établir qu'une personne a une croyance sincère, ou a adopté de façon sincère une pratique religieuse qui a un lien de rattachement véritable avec la religion à laquelle il dit adhérer sans faire appel à un critère objectif. C'est une chose de prétendre qu'une pratique est protégée même si certains adeptes de la religion ne pensent pas qu'elle fait partie des préceptes de cette religion, et une autre d'affirmer qu'une pratique doit être protégée lorsqu'aucun adepte ne pense qu'elle fait partie des préceptes de la religion en question. Si une pratique doit, aux termes de l'art. 3, avoir un lien de rattachement avec la religion, ce lien doit être objectivement identifiable.

La Cour a aussi rappelé à plusieurs occasions que la liberté de religion, comme toute autre liberté, n'est pas absolue : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Comme l'expliquait le juge La Forest dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72 :

Indeed, this Court has affirmed that freedom of religion ensures that every individual must be free to hold and to manifest without State interference those beliefs and opinions dictated by one's conscience. This freedom is not unlimited, however, and is restricted by the right of others to hold and to manifest beliefs and opinions of their own, and to be free from injury from the exercise of the freedom of religion of others. Freedom of religion is subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health or morals and the fundamental rights and freedoms of others.

137 In light of the foregoing, a method must be established for determining the scope of the protection that freedom of religion affords a claimant. If the authorities refer here to [TRANSLATION] "conscientious objection" or "the possibility of exempting oneself from the application of a law or a rule of internal management on religious grounds" (see H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 1033), it is because there are in fact two elements to consider in analysing freedom of religion. First, there is the freedom to believe and to profess one's beliefs; second, there is the right to manifest one's beliefs, primarily by observing rites, and by sharing one's faith by establishing places of worship and frequenting them. Thus, although private beliefs have a purely personal aspect, the other dimension of the right has genuine social significance and involves a relationship with others. It would be an error to reduce freedom of religion to a single dimension, especially in conducting a contextual analysis like the one that must be conducted under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Even an author who says he is favourable to a secular justification for freedom of religion, i.e., a justification free of moral considerations, has said:

Notwithstanding the wide variety of religious experience, no religion is or can be purely individual in its outlook, as ultimate concern is said to be. On the contrary, religions are necessarily collective endeavours. By the same token, no religion is or can be defined purely by an act of personal commitment, as the ultimate concerns of an individual are said to be. Instead, all religions demand a personal act of faith in relation to a set of beliefs that is historically derived and shared by the religious community. It follows that any genuine freedom of religion must protect, not only individual belief, but the institutions

En réalité, notre Cour a confirmé que la liberté de religion garantit que chacun est libre d'embrasser et de professer, sans ingérence de l'État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, étant restreinte par le droit des autres personnes d'embrasser et de professer leurs propres croyances et opinions, et de ne pas être lésées par l'exercice de la liberté de religion d'autrui. La liberté de religion est soumise aux restrictions nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé ou la moralité publiques, ainsi que les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Compte tenu de ce qui précède, il est nécessaire d'établir une méthode permettant de déterminer la portée de la protection conférée à un requérant par la liberté de religion. Si l'on parle ici « d'objection de conscience » ou de « la possibilité de se soustraire à la loi ou à une règle de régie interne pour des raisons de religion » (voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 1033), c'est qu'il y a effectivement deux éléments à considérer dans l'analyse de la liberté de religion. Il y a d'abord la liberté de croire et de professer ses croyances; il y a ensuite le droit de manifester ses croyances, principalement en pratiquant des rites et en partageant sa foi en créant des lieux de culte et en les fréquentant. C'est dire que, si les croyances intimes ont un aspect purement personnel, l'autre dimension du droit a une portée sociale véritable et implique un rapport avec des tiers. Ce serait une erreur de réduire la liberté de religion à une seule dimension, spécialement dans le cadre d'une analyse contextuelle comme celle qui s'impose aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Même un auteur qui se dit favorable à une justification séculière de la liberté de religion, c'est-à-dire à une justification indépendante de considérations morales, déclare :

[TRANSLATION] Malgré la grande diversité de l'expérience religieuse, aucune religion n'est portée ou ne saurait être portée par une vision purement individuelle, comme le serait la préoccupation ultime. Au contraire, la religion est nécessairement une entreprise collective. Du même coup, aucune religion n'est ou ne saurait être définie purement par un acte d'engagement personnel, comme le seraient les préoccupations ultimes de l'individu. Toutes les religions exigent plutôt un acte de foi à l'égard de croyances historiquement enracinées et partagées par la communauté religieuse. Il s'ensuit que

and practices that permit the collective development and expression of that belief.

More fundamentally, while it is possible to understand religion in such a way as to include practices that would conventionally be regarded as secular, it is simply not possible to understand religion in such a way that the distinction between the religious and the secular collapses, for the religious and the secular exist in contradistinction to one another. Yet such a collapse is implicit in the view that the secular becomes religious as and when it becomes a matter of ultimate concern to any individual, for whether a practice is secular or religious would then be a purely subjective question. Any objective distinction between the two would disappear.

(T. Macklem, "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1, at p. 25)

However, it should be noted that to analyse a religious practice in the context of conscientious objection, it is necessary to examine the believer's perception. It is important that a believer's religious practices not be limited to those of the majority or of an entire community, or to those that are considered to be generally accepted. Still, it is the person relying on a religious precept to establish the mandatory nature of his or her religious practice who must prove that the precept exists; see J. Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325, at p. 388, and H. Brun, "Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise: l'objection de conscience" (1987), 28 *C. de D.* 185, at p. 195. In addition to this initial examination, there is also the question of the sincerity of the person claiming the right. Once again, though, the two dimensions of the right to freedom of religion must not be forgotten. The sincerity of beliefs does not bar a court from examining the observance of rites, which have social significance, in light of s. 9.1 of the Quebec Charter. In fact, this is essential, since the Charter, like the *Civil Code of Québec*, constitutes a coherent legislative whole. I believe that the following comment about the *Civil Code* by Professor M. Tancelin can be transposed to this situation:

la véritable liberté de religion doit protéger non seulement la croyance individuelle, mais aussi les institutions et pratiques par lesquelles passent le développement et l'expression collectifs de cette croyance.

Plus fondamentalement, s'il est possible de concevoir la religion comme englobant les pratiques qu'on considérerait traditionnellement comme séculières, il n'est tout simplement pas possible de concevoir la religion de manière à abolir la distinction entre le religieux et le séculier puisqu'ils existent par contraste l'un avec l'autre. Cette abolition est pourtant implicite dans la thèse voulant que le séculier devienne religieux lorsqu'il devient pour l'individu une affaire de préoccupation ultime, parce que le caractère séculier ou religieux de la pratique relèverait alors de la pure subjectivité. Toute distinction objective entre les deux disparaîtrait.

(T. Macklem, « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1, p. 25)

Je tiens cependant à préciser que l'étude d'une pratique religieuse dans le cadre d'une objection de conscience doit se faire par l'examen de la perception du fidèle. Il est en effet important de ne pas limiter ou réduire les pratiques religieuses d'un fidèle à celles de la majorité, de toute une communauté ou à celles qui seraient généralement reconnues. Toutefois, il incombe à la personne qui invoque un précepte religieux pour établir le caractère obligatoire d'une pratique religieuse d'en prouver l'existence; voir J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 388, et H. Brun, « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience » (1987), 28 *C. de D.* 185, p. 195. À ce premier examen s'ajoute celui de la sincérité de la personne qui réclame le droit. Mais, ici encore, il ne faut pas perdre de vue les deux dimensions du droit à la liberté de religion. La sincérité des croyances n'empêche pas la cour d'examiner la pratique de rites, qui ont une portée sociale, en fonction de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Cela s'impose en fait parce que la *Charte* constitue, comme le *Code civil du Québec*, un ensemble législatif cohérent. Je crois que les mots du professeur M. Tancelin concernant le *Code civil* sont transposables ici. Il écrit :

[TRANSLATION] A serious, and fairly common, error is made about the Civil Code, namely a belief that it is a consolidation of laws, which it may be in form, whereas it is a document that, once voted on one or more times, forms a whole. In reality, it is *one* law, a self-contained law that forms a whole despite the wide variety of subjects with which it deals. Thus, the rule of interpretation that every legal provision be read in light of those surrounding it also applies to the articles of each of the subsets that make up the divisions of the Code. In concrete terms, this means that each portion of the Code has been drafted in a manner consistent with the others. [Emphasis in original.]

(M. Tancelin, “L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat”, in N. Kasirer, ed., *La solitude en droit privé* (2002), 214, at pp. 216-17)

139 The first step of the analysis therefore consists in examining the belief of a claimant who adopts a particular religious practice in accordance with the rites prescribed by his or her religion. To this end, evidence must be introduced to establish the nature of the belief or conviction, that is, to determine upon what religious precept the belief or conviction is based: *Edwards Books, supra*, at p. 763. The onus is on the person seeking to be excused from obeying a law, a rule of internal management or another legal obligation to show that the precept in question is genuinely religious and not secular: Brun and Tremblay, *supra*, at p. 1033. The court’s inquiry into the religious obligation does not imply that it is substituting its own conscience for that of the parties. This inquiry is only needed to identify the religious precept that is the basis for the claimant’s practice. As constitutional law experts Brun and Tremblay state, a religious precept is [TRANSLATION] “obviously easier to demonstrate in cases involving a well-known and established collective religion than in those concerning a new or individual one”: Brun and Tremblay, *supra*, at p. 1033.

140 In other words, to meet the requirements of this first step, a claimant must prove that the conduct or practice to which he or she seeks to have freedom of religion apply is in fact based on a precept of his or her religion. The test is reasonable belief in the existence of a religious precept. In the absence of such proof, the court cannot assess the effects of the provisions or standards that, according to the

Une grave erreur très répandue concernant le code civil consiste à croire que c’est une consolidation de lois, ce qu’il peut être formellement, alors qu’il s’agit d’un texte qui, une fois voté en une ou plusieurs fois, forme un ensemble. C’est matériellement *une* loi, une loi autonome qui forme un tout, en dépit de la variété considérable des questions traitées. Ainsi la règle d’interprétation voulant que chaque article de loi soit compris compte tenu de ceux qui l’entourent, s’applique également aux articles de chaque sous-ensemble que constituent les divisions du code. Cela veut dire concrètement que chaque intitulé du code est conçu en cohérence avec les autres. [En italique dans l’original.]

(M. Tancelin, « L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat », dans N. Kasirer, dir., *La solitude en droit privé* (2002), 214, p. 216-217)

La première étape de l’analyse consiste donc à examiner la croyance d’un requérant qui adopte une pratique religieuse particulière en fonction des rites prescrits par sa religion. Pour ce faire, il faut établir, selon la preuve présentée, la nature de cette croyance ou de cette conviction, à savoir de quel précepte religieux elle tire son origine : *Edwards Books, précité*, p. 763. Il incombe à celui qui demande d’être dispensé d’obéir à la loi, à une règle de régie interne ou à une autre obligation légale de démontrer qu’il est en cause un précepte de nature vraiment religieuse et non séculière : Brun et Tremblay, *op. cit.*, p. 1033. La recherche, par le tribunal, de l’obligation religieuse n’implique pas que celui-ci se substitue à la conscience des parties; cette recherche est seulement nécessaire pour découvrir le précepte religieux d’où découle la pratique du plaignant. Comme l’affirment les constitutionnalistes Brun et Tremblay, un précepte religieux est « évidemment plus facile à faire voir dans les cas d’une religion collective bien établie et connue que dans le cas d’une religion nouvelle ou individuelle » : Brun et Tremblay, *op. cit.*, p. 1033.

En d’autres mots, pour satisfaire à ce premier volet, un requérant doit faire la preuve que la conduite ou pratique réclamée au nom de la liberté de religion découle bel et bien d’un précepte de sa religion. Le critère est celui de la croyance raisonnable en l’existence d’un précepte religieux. En l’absence de cette preuve, le tribunal n’est pas en mesure d’évaluer les effets des dispositions ou des

claimant, infringe the rights of one or more members of a religious group: *Edwards Books*, *supra*, at p. 767. Even though religion is, first and foremost, a question of conscience, when an individual feels that a right as fundamental as the right to practise his or her religion has been infringed, a connection must be established between the religious precept and the individual asserting the right. To this end, expert testimony will be useful, as it can serve to establish the fundamental practices and precepts of a religion the individual claims to practise.

In the second step, the judge considers the sincerity of the claimant's religious beliefs. Before finding that there has been interference with the purpose of freedom of religion, a judge must determine that the claimant believes in a given religious precept and sincerely adheres to it. In short, the claimant must establish that he or she has a sincere belief and that this belief is objectively connected to a religious precept that follows from a text or another article of faith. It is not necessary to prove that the precept objectively creates an obligation, but it must be established that the claimant sincerely believes he or she is under an obligation that follows from the precept. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 295, La Forest J. described the role of the courts as follows:

Assuming the sincerity of his convictions, I would agree that the effect of the *School Act* does constitute some interference with the appellant's freedom of religion. For a court is in no position to question the validity of a religious belief, notwithstanding that few share that belief. But a court is not precluded from examining into the sincerity of a religious belief when a person claims exemption from the operation of a valid law on that basis. Indeed it has a duty to do so. [Emphasis in original.]

As explained by Dickson C.J. in *Edwards Books*, *supra*, at p. 780, a court has no choice but to make such an inquiry:

Judicial inquiries into religious beliefs are largely unavoidable if the constitutional freedoms guaranteed by s. 2(a) are to be asserted before the courts. We must live with the reality that such an inquiry is necessary in order for the same values to be given effect by the judicial system.

normes qui seraient, selon le requérant, attentatoires à l'égard d'un ou plusieurs membres d'un groupe religieux : *Edwards Books*, précité, p. 767. Même si la notion de religion est, avant tout, une affaire de conscience, lorsqu'un individu se sent lésé par rapport à un droit aussi fondamental que celui de la pratique de sa religion, il est nécessaire d'établir un lien entre le précepte religieux et l'individu qui invoque ce droit. À cet égard, une preuve d'expert s'avère utile, puisqu'elle peut servir à établir les pratiques et préceptes fondamentaux d'une religion dont on se réclame.

À la deuxième étape, le juge s'attarde à la sincérité de la croyance religieuse du requérant. Il doit, pour conclure à une atteinte à l'objet de la liberté de religion, d'abord déterminer que le requérant croit à un certain précepte religieux et qu'il adhère sincèrement à ce précepte. En somme, le requérant doit établir qu'il a une croyance sincère, et que cette croyance est objectivement liée à un précepte religieux qui découle d'un texte ou d'un autre article de foi. Il n'est pas nécessaire de prouver que le précepte crée objectivement une obligation, mais il est nécessaire d'établir que le requérant croit sincèrement qu'il a une obligation qui découle de ce précepte. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 295, le juge La Forest décrivait le rôle des tribunaux :

Si l'on présume que ses convictions soient sincères, je serais d'accord pour dire que la *School Act* porte jusqu'à un certain point atteinte à la liberté de religion de l'appellant. Un tribunal n'est pas en mesure de mettre en question la validité d'une croyance religieuse, même si peu de gens partagent cette croyance. Cependant rien n'empêche un tribunal d'examiner la sincérité d'une croyance religieuse qu'une personne invoque en demandant d'être exemptée de l'application d'une loi valide. En fait, il a le devoir de le faire. [Souligné dans l'original.]

Comme l'explique le juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, p. 780, le tribunal n'a pas d'autre choix que de faire une telle enquête :

Les enquêtes judiciaires portant sur des croyances religieuses sont la plupart du temps inévitables si l'on veut que les libertés garanties par l'al. 2a) de la Constitution puissent être revendiquées devant les tribunaux. Nous devons nous faire à la réalité déplaisante qu'une telle enquête est nécessaire pour que le système judiciaire puisse mettre à exécution ces mêmes valeurs.

142 Although any analysis of freedom of religion must include an inquiry into the sincerity of the beliefs of those who assert it, such an inquiry must be as limited as possible, since it will “expose an individual’s most personal and private beliefs to public airing and testing in a judicial or quasi-judicial setting”: *Edwards Books, supra*, at p. 779.

143 The sincerity of a belief is examined on a case-by-case basis and must be supported by sufficient evidence, which comes mainly from the claimant. A method like this was proposed by Professor Woehrling, *supra*, at p. 394:

[TRANSLATION] ... the sincerity of religious beliefs is a question of fact that must be assessed in accordance with the particular circumstances of each case, and the claimant’s personal credibility is of decisive importance, as his or her testimony will always be the principal source of evidence.

Although consistency in religious practice may be indicative of the sincerity of a claimant’s beliefs, it is the claimant’s overall personal credibility and evidence of his or her current religious practices that matter. The essential test must be the claimant’s intention and serious desire to obey the fundamental precepts of his or her religion. Previous practice is but one among a number of means of demonstrating this intention.

144 The approach I suggest gives a broad scope to the purpose of freedom of religion as guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter*. However, this is not to say that all conduct or practices will be protected so long as they are carried out in the name of freedom of religion. As I stated above, a claimant relying on conscientious objection must demonstrate (1) the existence of a religious precept, (2) a sincere belief that the practice dependent on the precept is mandatory, and (3) the existence of a conflict between the practice and the rule.

145 It should also be borne in mind that not all restrictions on freedom of religion entail an

Quoique l’enquête sur la sincérité des croyances de ceux qui l’invoquent soit nécessaire à l’examen de la liberté de religion, une telle vérification doit être limitée le plus possible, puisqu’elle a pour effet « d’exposer les croyances les plus personnelles et les plus intimes d’une personne à la connaissance et au contrôle publics dans un contexte judiciaire ou quasi judiciaire »: *Edwards Books, précité*, p. 779.

La sincérité d’une croyance est examinée au cas par cas et doit s’appuyer sur une preuve suffisante, provenant principalement du requérant lui-même. Une telle méthode est proposée par le professeur Woehrling, *loc. cit.*, p. 394 :

... la sincérité des croyances religieuses est une question de fait qui doit être appréciée selon les circonstances propres à chaque affaire, la crédibilité personnelle du requérant ayant une importance décisive puisque son témoignage constituera toujours l’élément de preuve principal.

Bien que la constance de la pratique religieuse puisse être une indication de la sincérité des croyances du requérant, c’est l’ensemble de la crédibilité personnelle du requérant qui importe et la preuve de ses pratiques religieuses courantes. Le critère essentiel doit être celui de l’intention et du désir sérieux de suivre les préceptes fondamentaux de sa religion, la pratique antérieure n’étant qu’un moyen parmi d’autres de démontrer cette intention.

L’approche que je suggère a pour effet de donner une portée généreuse à l’objet de la liberté de religion garantie à l’art. 3 de la *Charte* québécoise. Cependant, cela ne revient pas à dire que toute conduite ou pratique sera protégée, pour autant qu’elle soit accomplie au nom de la liberté de religion. Comme je l’ai affirmé ci-dessus, pour faire valoir son objection de conscience, un requérant devra démontrer (1) l’existence d’un précepte religieux, (2) la croyance sincère dans le caractère obligatoire de la pratique découlant de ce précepte, et (3) l’existence d’un conflit entre la pratique et la règle.

Également, rappelons que ce ne sont pas toutes les entraves à la liberté de religion qui entraînent une

infringement of the right protected by the Canadian Charter. In *Jones, supra*, Wilson J., dissenting, wrote the following (at pp. 313-14):

Section 2(a) does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion. I believe that this conclusion necessarily follows from the adoption of an effects-based approach to the *Charter*.

Thus, unless the impugned provisions or standards infringe the claimant's rights in a manner that is more than trivial or insubstantial, the freedom of religion guaranteed by the two *Charters* is not applicable.

Finally, it should be noted that even if religious conduct, practices or expression that could infringe or affect the rights of others in a private law context are protected *a priori* by the purpose of freedom of religion, they are not necessarily protected under the right to freedom of religion. While the purpose of freedom of religion is defined broadly, the right to freedom of religion is restricted, as mentioned above, by the provisions of the Quebec *Charter* that place limits on the right. In the case at bar, the appellants' right to freedom of religion must be interpreted in light of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, which requires that the rights and freedoms provided for in ss. 1 to 9 of the Quebec *Charter* be exercised in respect of each other with "a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". It should also be mentioned that the Quebec *Charter* must be interpreted in harmony with the *Civil Code of Québec*, which is the most important instrument for defining the principles governing public order and the general well-being of the citizens of Quebec (C.C.Q., preliminary provision). In a private law context, the observance of religious rites often affects a number of aspects of social existence; it is accordingly imperative to consider the importance of the rites and of the requirements of security, public order and the general well-being of citizens as they relate to them.

atteinte au droit protégé par la *Charte* canadienne. Dans l'affaire *Jones*, précitée, la juge Wilson, dissidente, écrit (p. 314) :

L'alinéa 2a) n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion. Je crois que cette conclusion découle obligatoirement de l'adoption d'une analyse de la *Charte* en fonction des effets.

Ainsi, à moins que les dispositions ou normes contestées n'enfreignent les droits du requérant d'une façon plus que négligeable ou insignifiante, la liberté de religion protégée par les *Chartes* n'entre pas en jeu.

Il importe finalement de noter que les conduites, pratiques ou manifestations religieuses qui pourraient léser ou affecter les droits d'autrui dans un contexte de droit privé, même si a priori elles sont protégées par l'objet de la liberté de religion, ne sont pas nécessairement protégées en vertu du droit à la liberté de religion. Bien que l'objet de la liberté de religion se définisse de façon large, le droit à la liberté de religion est restreint par les clauses limitant le droit qui font partie de la *Charte* québécoise, tel qu'il est mentionné plus haut. En l'espèce, le droit à la liberté de religion des appelants doit s'interpréter en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, qui exige que les droits et libertés prévus aux art. 1 à 9 de la *Charte* québécoise s'exercent les uns par rapport aux autres « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Il est aussi important de souligner que la *Charte* québécoise s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire). Dans un contexte de droit privé, la pratique de rites religieux touche souvent plusieurs aspects de la vie en société; il est donc impératif de se pencher sur l'importance des rites et des exigences de la sécurité, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens en ce qui les concerne.

B. *The Applicable Test Under Section 9.1 of the Quebec Charter in the Context of Private Legal Relationships*

147 Section 9.1 of the Quebec *Charter* reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

148 In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, this Court had occasion to rule on the meaning of s. 9.1 of the Quebec *Charter* in a public law context. At p. 770 of that unanimous decision, the Court wrote the following:

The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however — “In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law” — does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. [Emphasis added.]

149 It would appear from this passage that the second paragraph of s. 9.1 applies to legislative action, while the first serves rather as an interpretive tool for private law relationships. Since *Ford, supra*, dealt with public law issues, this Court did not have an opportunity to examine the way in which s. 9.1 can be applied as a limiting provision in a private law context. However, it can be seen that the important distinction drawn by the Court between the first paragraph of s. 9.1, which applies to persons, and the second, which, like the limiting provision under s. 1 of the Canadian *Charter*, applies to legislative action, means that the outcome of the application of s. 9.1 will vary depending on the context.

150 As Professor F. Chevrette points out in “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit” (1987), 21 *R.J.T.*

B. *Le test applicable sous le régime de l’art. 9.1 de la Charte québécoise dans le contexte de rapports juridiques privés*

L’article 9.1 de la *Charte* québécoise énonce :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s’exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.

Dans l’affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, la Cour a eu l’occasion de se prononcer sur le sens de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise en droit public. À la page 770 de ce jugement unanime, la Cour écrit :

Le premier alinéa de l’art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n’est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d’interpréter l’étendue de ces libertés et droits fondamentaux. Toutefois, le second alinéa de l’art. 9.1 (« La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice. ») traite bien du pouvoir du législateur d’imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux. [Je souligne.]

Il appert de cet extrait que le second alinéa de l’art. 9.1 s’applique aux activités législatives, tandis que le premier alinéa agit plutôt comme outil d’interprétation dans les rapports de droit privé. Puisque l’affaire *Ford*, précitée, portait sur des questions de droit public, la Cour n’a pas eu l’occasion d’y examiner la façon dont l’art. 9.1 s’applique en tant que disposition limitative dans un contexte de droit privé. On peut cependant constater que l’importante différence soulignée par la Cour entre le premier alinéa de l’art. 9.1, qui s’applique aux personnes, et le second alinéa, qui, comme la clause limitative à l’article premier de la *Charte* canadienne, vise les activités législatives, fait en sorte que l’application de l’art. 9.1 suscite des résultats différents en fonction du contexte.

Comme le souligne le professeur F. Chevrette dans « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le

461, at p. 465, applying s. 9.1 to private relationships leads to [TRANSLATION] “flexibility in the practical exercise of rights and freedoms”. An analysis of the manifestations of this flexibility will take into account the facts and circumstances surrounding the exercise of the right or freedom in question. He suggests the following interpretation of s. 9.1, at p. 465:

[TRANSLATION] Either the first [paragraph] has an independent scope, in which case implicit limits, possibly lacking a basis in law, may be imposed on the exercise of rights and freedoms, or this paragraph merely states an objective or purpose that can be attained from a legal perspective only by the means provided for in the second [paragraph].

In support of the first interpretation, it could be argued that, as the courts and the man in the street have long suggested, fundamental freedoms are not absolute and are inherently limited by both the realities of social existence and the rights of others. This interpretation is supported by the fourth paragraph of the Charter’s preamble, which states that “the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being”. In short, the first paragraph [of s. 9.1] would proscribe a form of abuse of rights.

In my view, this interpretation, according to which the scope of the rights and freedoms set out in ss. 1 to 9 of the Quebec *Charter* is defined in light of the rights of others and the demands of social existence, is consistent with the legislature’s intent in enacting s. 9.1, as evidenced by the following comment made by the Minister of Justice at the time the *Charter* was passed:

[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absoluteness of the freedoms and rights set out in ss. 1 through 9 both by imposing limits, which are set out in the first paragraph, on the holders of those rights and freedoms in relation to other citizens, and by establishing, in the second paragraph, the principle that the legislature may impose limits in relation to the community at large.

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd Sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609)

In light of this comment and the reasons given by this Court for its decision in *Ford*, *supra*, it can be

non-dit » (1987), 21 *R.J.T.* 461, p. 465, l’application de l’art. 9.1 aux rapports privés crée « des assouplissements à l’exercice concret des droits et libertés ». L’analyse des assouplissements tiendra compte des faits et des circonstances de l’exercice de ce droit ou de cette liberté. Il suggère l’interprétation suivante de l’art. 9.1, à la p. 465 :

Ou bien le premier [alinéa] a une portée autonome, auquel cas des limitations implicites, éventuellement dépourvues du support de la loi, peuvent être apportées à l’exercice des droits et libertés. Ou bien cet alinéa n’énonce qu’un objectif, une finalité, uniquement réalisable au point de vue juridique par le moyen prévu au deuxième [alinéa].

À l’appui de la première interprétation, on peut faire valoir que, comme le suggèrent depuis bien longtemps la jurisprudence de même que le langage courant, les grandes libertés n’ont pas un caractère absolu et qu’elles comportent des limites inhérentes découlant de la vie en société et des droits d’autrui, tout cela conformément au 4^e alinéa du préambule de la Charte qui prévoit que « les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d’autrui et du bien-être général ». Ce premier alinéa [de l’art. 9.1] proscrirait en somme une forme d’abus de droit.

Cette interprétation, selon laquelle la portée des droits et libertés énoncés aux art. 1 à 9 de la *Charte* québécoise est fixée compte tenu des droits d’autrui et des exigences de la vie en société, me semble conforme à l’intention du législateur à l’égard de l’art. 9.1, révélée par les propos tenus par le ministre de la Justice au moment de son adoption :

L’article 9.1 a pour objet d’apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l’angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l’égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l’égard de l’ensemble de la collectivité, principe qu’on retrouve au deuxième alinéa.

(*Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609)

À la lumière de cette affirmation et des motifs de la Cour dans l’affaire *Ford*, précitée, il s’avère que

seen that s. 9.1 of the Quebec *Charter* is a tool for interpreting rights and freedoms that is similar to, but different in a number of ways from, s. 1 of the Canadian *Charter*. Their similarity becomes apparent in a public law context, in which state actions that infringe upon rights may be justified under either s. 1 of the Canadian *Charter* or the second paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, two provisions which are subject to a similar test: *Ford, supra*, at p. 770. The important difference, however, is that the first paragraph of s. 9.1, insofar as it does not require that the infringement of a right or freedom result from the application of the law, applies only to private law relationships, that is, to infringements of the rights and freedoms of private individuals by other private individuals: see *Chevrette, supra*, at p. 466.

l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise est un outil d'interprétation des droits et libertés, semblable mais différent à plusieurs égards de l'article premier de la *Charte* canadienne. Quant à la similarité, elle apparaît dans le contexte du droit public, où les atteintes aux droits qui résultent d'activités étatiques peuvent être justifiées soit en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou du second alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, deux dispositions soumises à un critère semblable : *Ford, précité*, p. 770. Quant à l'importante distinction, elle se situe au niveau du premier alinéa de l'art. 9.1, qui, dans la mesure où il n'exige pas que l'atteinte aux droits ou libertés résulte de l'application de la loi, ne vise que des rapports de droit privé, c'est-à-dire des atteintes aux droits et libertés de personnes privées par d'autres personnes privées : voir *Chevrette, loc. cit.*, p. 466.

153 This Court had occasion to apply s. 9.1 of the Quebec *Charter* in a private law context in *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591. In that case, the claimant had brought an action in civil liability against the appellants, a photographer and a publisher, for taking a photograph of her sitting on a step in front of a building and publishing it in a magazine without her consent. She alleged that the appellants' conduct constituted a violation of her right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. In their defence, the appellants argued that even if there had been an infringement of the claimant's right to privacy, it was justified under s. 9.1 of the *Charter* because of the public's predominant interest in obtaining the information, supported by the guarantee of freedom of expression set out in s. 3 of the *Charter*.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise dans un contexte de droit privé dans l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591. Dans cette affaire, la requérante avait intenté une action en responsabilité civile contre les appelants, un photographe et un éditeur, pour avoir pris et publié dans une revue, sans son consentement, une photographie la représentant assise sur un marche-pied devant un immeuble. Elle alléguait que la conduite des appelants constituait une violation de son droit à la vie privée, garanti à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. En défense, les appelants soutenaient que, s'il y avait atteinte à son droit à la vie privée, elle était justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* par l'intérêt dominant du public à prendre connaissance de l'information, soutenu par la liberté d'expression garantie à l'art. 3 de la *Charte*.

154 L'Heureux-Dubé J. and I, writing for the majority, stated the following, at para. 56:

The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with the provisions of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. For this purpose, it is necessary to balance these two rights.

La juge L'Heureux-Dubé et moi-même, au nom de la majorité, affirmions, au par. 56 :

Le droit au respect de la vie privée comme la liberté d'expression doivent recevoir une interprétation conforme aux dispositions de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Pour y parvenir, il faut décider de la pondération de ces deux droits.

Later, at para. 61, we observed that it had to "be decided whether the public's right to information

Plus tard, au par. 61, nous constatons qu'il y avait « lieu de décider si le droit du public à

can justify dissemination of a photograph taken without authorization”. Thus, in *Aubry*, the conflict between two fundamental rights, that is, the right to privacy (s. 5) and the right to freedom of expression (s. 3) was resolved by reconciling the two rights under s. 9.1. There are many situations in which one or even a number of rights guaranteed under the Quebec *Charter* impose limits that have the effect of narrowing the scope of another right or freedom also protected by the Quebec *Charter*. The same approach was favoured, to give one example, in *Prud’homme v. Prud’homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, in which the issue was the scope of freedom of expression in the specific context of discharge of the duties of an elective office. The reconciliation of rights requires more than a simple review of the alleged infringement of any one of the rights in question; it is clearly different from the duty to accommodate in the context of an infringement of the right to equality. To reconcile all the rights and values at issue in light of the wording of the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter* involves finding a balance and a compromise consistent with the public interest in the specific context of the case. To attain this balance and compromise would be impossible if the right in issue and the exercise thereof were subject only to the subjective assessment of the person wishing to exercise it. Nor would a simple inquiry into the relative importance of the infringement of the co-owners’ rights be appropriate in the case at bar; that would be equivalent to requiring a reasonable accommodation on the respondents’ part, whereas accommodation is irrelevant to a s. 9.1 analysis. That is why this Court stressed in *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 818, that s. 10 of the Quebec *Charter*, which brings the duty to accommodate into play, cannot be used to circumvent the operation of s. 9.1 and thereby to avoid specifying the scope of the fundamental right in issue in accordance with the limits established by s. 9.1. Nor is it a question of simply comparing the inconvenience for one party with the inconvenience for the other; that would distort s. 9.1, which refers specifically to the common interest of all citizens of Quebec.

l’information peut justifier la diffusion d’une photographie prise sans autorisation ». Ainsi, dans l’affaire *Aubry*, le conflit entre deux droits fondamentaux, soit le droit à la vie privée (art. 5) et le droit à la liberté d’expression (art. 3), a été résolu grâce à une conciliation de ces deux droits sous le régime de l’art. 9.1. D’ailleurs, il existe plusieurs situations dans lesquelles un, voire plusieurs droits garantis par la *Charte* québécoise imposent des limites ou ont pour effet de réduire la portée d’un autre droit ou liberté protégé par cette même *Charte*. La même approche a été privilégiée, par exemple, dans l’affaire *Prud’homme c. Prud’homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, où il était question de décider de l’étendue de la liberté d’expression dans le contexte particulier de l’exercice d’une fonction électorale. Un exercice de conciliation exigera plus qu’un simple examen de l’atteinte alléguée à l’égard de l’un ou l’autre des droits en cause; il se distingue nettement de l’obligation de trouver un accommodement dans le contexte d’une atteinte au droit à l’égalité. Concilier tous les droits et valeurs en cause suivant le langage du premier alinéa de l’art. 9.1 de la *Charte*, c’est trouver un équilibre et un compromis conformes à l’intérêt général dans le contexte précis de l’affaire. Cette recherche d’équilibre et de compromis ne serait pas possible si le droit en cause et son exercice étaient sujets à la seule évaluation subjective de celui qui désire s’en prévaloir. Il ne s’agit pas non plus de se poser simplement la question de savoir quelle est l’importance relative de l’atteinte aux droits des copropriétaires en l’espèce; cela équivaldrait à exiger d’eux l’accommodement raisonnable qui n’a pas sa place dans l’analyse fondée sur l’art. 9.1. C’est d’ailleurs pour cette raison que notre Cour faisait valoir dans l’arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 818, que l’art. 10 de la *Charte* québécoise, qui fait intervenir le devoir d’accommodement, ne peut servir à contourner l’application de l’art. 9.1 et à ainsi éviter de déterminer l’étendue du droit fondamental en cause conformément aux limites prescrites par l’art. 9.1. Il ne s’agit pas non plus de comparer simplement l’inconvénient pour une partie avec l’inconvénient pour l’autre; ce serait là dénaturer l’art. 9.1 qui se réfère spécifiquement à l’intérêt commun de tous les citoyens du Québec.

155 A court engaged in a reconciliation exercise must ask itself two questions: (1) Has the purpose of the fundamental right been infringed? (2) If so, is this infringement legitimate, taking into account democratic values, public order, and the general well-being? A negative answer to the second question would indicate that a fundamental right has been violated.

156 In the first step of the analysis, the person alleging the infringement of a right bears the burden of proving that it has occurred. To do this, as I explained above, the claimant must demonstrate the existence of a religious precept, a sincere belief that the practice dependent on the precept is mandatory, and the existence of a conflict between the practice and the rule. At this stage, the issue is an infringement of the purpose of the right, not a violation of the right itself. Consequently, even if a claimant shows in the first step that the purpose of the protected right has been infringed, this amounts to a violation of the right itself only if the infringement is inconsistent with the principles underlying s. 9.1. In the second step, in my view, the onus is on the defendant to show that the infringement is consistent with s. 9.1. It is logical to place the burden of proving an infringement on the claimant and that of proving consistency with s. 9.1 on his or her adversary, since these parties are in the best position to give the required proof.

157 In short, the rights and freedoms subject to s. 9.1 must be exercised in relation to one another while maintaining proper regard for democratic values, public order and the general well-being of citizens. Their scope is therefore defined in accordance with how each of them is exercised in the particular circumstances of each case, taking into account the reconciliation of the rights in issue.

C. *Application to the Facts*

1. Freedom of Religion and Sincerity of Belief

158 Like the trial judge and Dalphond J. of the Court of Appeal, I am of the view that the declaration of co-ownership prohibits, *inter alia*, the erection of succahs on the balconies, porches and patios

Le tribunal qui se livre à l'exercice de conciliation doit se poser les deux questions suivantes : (1) Y a-t-il atteinte à l'objet du droit fondamental? (2) Si oui, cette atteinte est-elle licite, compte tenu des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général? Une réponse négative à cette deuxième question indique qu'il y a violation d'un droit fondamental.

À la première étape de l'analyse, il appartient à celui qui allègue l'atteinte de la démontrer. Tel qu'expliqué plus haut, le requérant doit, pour ce faire, démontrer l'existence d'un précepte religieux, la croyance sincère au caractère obligatoire de la pratique découlant de ce précepte, de même que l'existence d'un conflit entre la pratique et la règle. Je note qu'à cette étape on parle d'atteinte à l'objet du droit, plutôt que de violation du droit lui-même. Par conséquent, même si le requérant démontre, à la première étape, une atteinte à l'objet du droit protégé, celle-ci ne constitue une violation du droit lui-même que si elle n'est pas conforme aux principes qui sous-tendent l'art. 9.1. À mon avis, il appartient donc au défendeur, à la deuxième étape, de démontrer que l'atteinte est conforme à l'art. 9.1. Il est logique d'imposer au requérant le fardeau de prouver l'atteinte, et à son adversaire celui d'établir sa conformité avec l'art. 9.1, puisque ces parties sont les mieux placées pour en faire la preuve.

En somme, les droits et libertés assujettis à l'art. 9.1 doivent s'exercer les uns par rapport aux autres dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général. Leur portée est donc définie en fonction de l'exercice de chacun d'eux dans les circonstances de chaque affaire, compte tenu de la conciliation des droits en cause.

C. *Application aux faits*

1. Liberté de religion et sincérité de la croyance

Tout comme le juge de première instance et le juge Dalphond en Cour d'appel, je suis d'avis que la déclaration de copropriété interdit, entre autres, la construction d'une souccah sur les balcons,

constituting the common spaces of Place Northcrest reserved for exclusive use. There is no ambiguity on this point, as s. 2.6.3b) of the declaration of co-ownership is clear. The appellants, who are all practising Orthodox Jews, allege that this prohibition infringes their right to freedom of religion by preventing them from erecting succahs on balconies, porches or patios.

The appellants submit that they sincerely believe that their religion requires them to construct succahs on their own balconies. The respondent contests the existence of a sincere belief on their part. To resolve this debate, it is necessary to determine whether the appellants' belief is sincere and, lastly, whether it is grounded in the precepts of their religion. As mentioned above, expert evidence will be useful in this regard, as it can serve to establish the fundamental precepts and practices of a religion upon which a claimant's desired action is based.

In the case at bar, after reviewing the evidence presented to him, including the testimony of two expert witnesses, Rabbi Barry Levy and Rabbi Moïse Ohana, the trial judge came to the following conclusion (at p. 1909):

[TRANSLATION] First of all, the court notes that practising Jews are not under a religious obligation to erect their own succahs. There is no commandment as to where they must be erected.

Rochon J. also considered the appellants' testimony about their own practices and concluded that all of them, with the exception of Mr. Amselem, believed that their fundamental obligation was to eat meals in a succah, as opposed to a succah on their own property, during Succot (at pp. 1908-9):

[TRANSLATION] The respondents' past conduct attests to the optional nature of the succah's ownership and the location where it is erected.

For many years, Fonfeder went to the home of his sister, who lived not far from his apartment on Hutchison Street, to celebrate Succot. In 1994, when he moved into the Sanctuaire, he did not erect a succah. Instead, he went

galeries et patios, qui constituent des espaces communs à usage privé exclusif de la Place Northcrest. Il n'y a là aucune ambiguïté à considérer; l'al. 2.6.3b) de la déclaration de copropriété est clair. Les appelants, qui sont tous de religion juive et pratiquent leur religion de façon orthodoxe, allèguent que cette interdiction porte atteinte à leur droit à la liberté de religion en empêchant l'aménagement de souccahs sur les balcons, galeries et patios.

Les appelants soutiennent qu'ils croient sincèrement que leur religion leur commande de construire une souccah sur leur propre balcon. Quant à l'intimé, celui-ci conteste l'existence de cette croyance sincère. Afin de trancher ce débat, il faut déterminer la sincérité de la croyance des appelants et, enfin, vérifier si leur croyance se rapporte aux préceptes de leur religion. Comme il est mentionné ci-dessus, une preuve d'experts s'avère utile à cet égard, puisqu'elle peut servir à établir les préceptes et pratiques fondamentaux d'une religion donnant lieu à la conduite revendiquée par un requérant.

En l'espèce, après avoir examiné la preuve devant lui, notamment les témoignages de deux experts, les rabbins Barry Levy et Moïse Ohana, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante (p. 1909) :

Le Tribunal retient d'abord qu'il n'existe aucune obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa propre souccah. Il n'y a aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être érigée.

Le juge Rochon a également étudié les témoignages des appelants concernant leur propres pratiques pour conclure que ceux-ci croient, à l'exception de M. Amselem, que c'est l'obligation de manger dans une souccah pendant la Souccoth, et non dans une souccah chez soi, qui est fondamentale (p. 1908-1909) :

Le caractère facultatif attaché à la propriété de la souccah et à l'endroit où elle doit être érigée est corroboré par la conduite passée des intimés.

Fonfeder, pendant de nombreuses années, se rendait chez sa sœur, qui habitait non loin de son appartement de la rue Hutchison, pour y fêter la Soukot. En 1994, lorsqu'il arrive au Sanctuaire, il n'érige pas de souccah. Il se

159

160

to New York state and stayed with a grandson who had his own succah.

As for Thomas Klein, he has lived in the Sanctuaire since 1989 and had never erected a succah before 1996. During that period, even though he practised his religion, he usually went to New York state to celebrate Succot with his family. For several years, he remained in Montréal for the first important days of the holiday but did not erect a succah, as he thought it would be too difficult to do so for just a few days.

... We heard no evidence from the other respondents on this point.

161 After reviewing the testimony of each of the appellants and the nature of the religious teachings as explained by Rabbi Levy and Rabbi Ohana, the trial judge did not dismiss the appellants' belief or reject their argument based on freedom of conscience. Rather, he weighed and examined the evidence before him to verify the existence of a religious precept supporting the appellants' belief, as this examination of religious teachings is an integral part of the required analysis.

162 The evidence shows that the appellants sincerely believed they were under an obligation to eat their meals and celebrate Succot in a succah. Although it would be preferable to do so in their own succahs whenever possible, there are numerous circumstances, such as the ones noted by the trial judge, in which using another person's succah would appear to be justified. Based on the evidence that was adduced and accepted by the trial judge, I accept that the appellants sincerely believe that, whenever possible, it would be preferable for them to erect their own succahs; however, it would not be a divergence from their religious precept to accept another solution, so long as the fundamental obligation of eating their meals in a succah was discharged. I therefore cannot accept that the appellants sincerely believe, based on the precepts of their religion that they are relying on, that they are under an obligation to erect their own succahs on their balconies, patios or porches. Rather, it is their practice of eating or celebrating Succot in a succah that is protected by the guarantee of freedom of religion set out in s. 3 of the Quebec *Charter*. The declaration of co-ownership does not hinder this practice, as it does

rend plutôt dans l'État de New York, chez un petit-fils qui avait sa « souccah ».

Thomas Klein, quant à lui, est un résident du Sanctuaire depuis 1989 et n'a jamais construit de souccah avant l'année 1996. La plupart du temps durant ces années, même s'il était pratiquant, il se rendait dans l'État de New York dans sa famille pour fêter la Soukot. Pendant quelques années, il est demeuré à Montréal dans les premiers jours importants de la fête sans ériger de souccah puisqu'il lui apparaissait difficile de ne le faire que pour quelques jours.

... Nous n'avons aucun autre témoignage des autres intimés.

Ayant étudié les témoignages de chacun des appelants, ainsi que la nature des enseignements religieux qui furent expliqués par les rabbins Levy et Ohana, le juge de première instance n'a pas écarté la croyance des appelants ni rejeté leur argument fondé sur la liberté de conscience. Il a soupesé et examiné la preuve devant lui pour vérifier l'existence d'un précepte religieux pouvant appuyer la croyance des appelants, un tel regard sur les enseignements religieux faisant partie intégrante de l'analyse requise.

Il ressort de la preuve que les appelants croient sincèrement qu'ils ont l'obligation de prendre leurs repas et de célébrer la fête du Souccoth dans une souccah. Bien qu'il soit préférable de le faire dans sa propre souccah lorsque c'est possible, il y a de nombreuses circonstances, comme celles notées par le juge de première instance, qui semblent justifier l'utilisation de la souccah d'autrui. D'après la preuve présentée et retenue, j'accepte que les appelants croient sincèrement que, lorsque c'est possible, il est préférable de construire sa propre souccah; cependant, ce ne serait pas un écart par rapport à leur précepte religieux que d'accepter une autre solution, pourvu que l'on respecte l'obligation fondamentale, soit celle de prendre ses repas dans une souccah. Je ne peux donc pas accepter que les appelants croient sincèrement, suivant les préceptes de leur religion qu'ils invoquent, qu'ils ont l'obligation d'avoir leur propre souccah sur leur balcon, patio ou galerie. C'est plutôt leur pratique de manger ou de célébrer la Souccoth dans une souccah qui est protégée par la liberté de religion à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. La déclaration de copropriété ne fait pas obstacle à cette pratique puisqu'elle n'empêche pas

not bar the appellants from celebrating Succot in a succah, whether at the homes of friends or family or even in a communal succah, as proposed by the respondent. Consequently, the prohibition against erecting their own succahs does not infringe the purpose of the appellants' right to freedom of religion. Any inconvenience resulting from the prohibition against erecting individual succahs is not sufficient to elevate the preference to the status of a mandatory religious practice.

In the case of the appellant Amselem, however, the trial judge concluded that he was [TRANSLATION] "the only one who saw the obligation to erect a succah on his own property in terms of a divine command" (p. 1909). Assuming that his belief is sincere, which the trial judge accepted, and that it is based on a precept of his religion, in accordance with the interpretation of the Book of Nechemiah, Chapter 8, verses 13 to 18, accepted by Morin J.A. on appeal, it is necessary to turn to the second step and to interpret the prohibitions imposed by the declaration of co-ownership in light of s. 9.1 of the Quebec *Charter* to determine whether they violate Mr. Amselem's right to freedom of religion.

2. Reconciling Rights Under Section 9.1 of the Quebec Charter

Mr. Amselem contends that the restrictions contained in the declaration of co-ownership infringe his right to freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter*. According to s. 9.1 of that *Charter*, the right asserted by Mr. Amselem must be exercised with "proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". If this right cannot be exercised in harmony with the rights and freedoms of others and the general well-being of citizens, the infringement thereof may be considered legitimate, and no violation of the right to freedom of religion provided for in the Quebec *Charter* will have been established. As I mentioned above, s. 9.1 requires not merely a balancing of the respective rights of the parties, but a reconciliation of the rights that takes the general interest of the citizens of Quebec into account.

les appelants de fêter dans une souccah, en ce sens qu'ils peuvent célébrer la Souccoth chez des parents ou amis, ou même dans une souccah commune, comme l'a proposé l'intimé. Conséquemment, l'interdiction de construire sa propre souccah ne porte pas atteinte à l'objet du droit à la liberté de religion des appelants. Les inconvénients qu'entraîne l'interdiction de construire une souccah individuelle ne suffisent pas pour ériger la préférence en pratique religieuse obligatoire.

Cependant, en ce qui concerne l'appellant Amselem, le juge de première instance a conclu qu'il est « le seul qui conçoit en termes d'un commandement divin l'obligation de faire une souccah sur son propre terrain » (p. 1909). Dans l'hypothèse où cette croyance est sincère, tel qu'en convient le juge de première instance, et qu'elle découle d'un précepte de sa religion, suivant l'interprétation des versets 13-18 du ch. 8 du livre de Néhémie acceptée par le juge Morin à la Cour d'appel, il faut passer à la deuxième étape et interpréter les interdictions posées par la déclaration de copropriété à la lumière de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise pour décider si elles violent le droit à la liberté de religion de M. Amselem.

2. La conciliation de droits sous le régime de l'art. 9.1 de la Charte québécoise

M. Amselem soutient donc que les restrictions contenues dans la déclaration de copropriété portent atteinte à son droit à la liberté de religion, prévu à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Selon l'art. 9.1 de cette même *Charte*, le droit qu'invoque M. Amselem doit s'exercer « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Si ce droit ne peut s'exercer en harmonie avec les droits et libertés d'autrui et du bien-être général, l'atteinte pourra être jugée licite et la violation du droit à la liberté de religion prévu par la *Charte* québécoise n'aura pas été établie. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 9.1 ne prescrit pas simplement de soupeser les droits respectifs des parties en cause, mais de faire une conciliation des droits qui tienne compte de l'intérêt général des citoyens du Québec.

163

164

165 The rights and freedoms in issue must first be identified. At this point, I would once again stress that the Quebec *Charter* must be interpreted in harmony with the *Civil Code of Québec*. In the case at bar, Mr. Amselem's freedom of religion is in conflict with the right of each of the other co-owners to the peaceful enjoyment and free disposition of their property under s. 6 of the Quebec *Charter* and their right to life and to personal security under s. 1 thereof. These rights must be reconciled. The reconciliation must also take into account the other circumstances of this case, such as the contractual rights arising out of the declaration of co-ownership which is binding on the parties, the application of the *Civil Code of Québec*, the negotiations that took place and the offers made by the parties in an attempt to find an acceptable solution. The exercise of rights with a regard for public order and the general well-being of citizens makes this necessary.

166 In the case at bar, the right to the peaceful enjoyment and free disposition of one's property is included in the purpose of the restrictions provided for in the declaration of co-ownership. The restrictions are aimed first and foremost at preserving the market value of the dwelling units held in co-ownership. They also protect the co-owners' right to enjoy the common portions reserved for exclusive use while preserving the building's style and its aesthetic appearance of a luxury building, not to mention the use of the balconies to evacuate the building in a dangerous situation. The total ban on erecting anything whatsoever, including succahs, on the balconies is necessary to attain this goal, since without it, harmony cannot be maintained and emergency routes will be compromised. In this situation, freedom of religion imposes limits on the exercise of the rights of all the co-owners.

167 The restrictions preserve not only the co-owners' rights under s. 6 of the Quebec *Charter*, but also their rights under the *Civil Code of Québec*, which, together with the *Charter*, provides the framework for the right of ownership in Quebec. The trial judge reviewed the relevant articles of the Code and concluded that the restrictions in the declaration of co-ownership were valid under art. 1056 C.C.Q., which provides that "[n]o declaration of co-ownership may

Il s'agit premièrement d'identifier les droits et libertés en cause. Je souligne encore ici que la *Charte québécoise* doit s'interpréter en harmonie avec le *Code civil du Québec*. En l'espèce, entrent en conflit avec la liberté de religion de M. Amselem le droit de chacun des autres copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens prévu à l'art. 6, et le droit à la vie et à la sûreté prévu à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Ces droits doivent être conciliés. L'exercice de conciliation doit aussi tenir compte des autres circonstances en l'espèce, notamment des droits contractuels découlant de la déclaration de copropriété qui lie les parties, de l'application du *Code civil du Québec*, ainsi que des négociations qui ont eu lieu et des offres faites par les parties en vue de trouver une solution acceptable. L'exercice des droits eu égard à l'ordre public et au bien-être général des citoyens l'exige.

Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens se manifeste, en l'espèce, dans l'objet des restrictions prévues dans la déclaration de copropriété. D'abord, ces restrictions visent à préserver la valeur marchande des unités de logement détenues en copropriété. Elles protègent également le droit des copropriétaires à la jouissance des parties communes à usage privé en assurant la préservation du cachet de l'immeuble et de son esthétique extérieure comme immeuble luxueux, sans parler de l'utilisation des balcons pour l'évacuation de l'immeuble en cas de danger. La prohibition totale d'installer quoi que ce soit sur son balcon, y compris des souccahs, est nécessaire pour l'atteinte de ces buts, puisque, sans cela, l'harmonie n'y est pas et la voie de secours est compromise. Ici, la liberté de religion impose des limites à l'exercice des droits de tous les co-propriétaires.

Les restrictions servent à préserver non seulement les droits des copropriétaires qui sont prévus à l'art. 6 de la *Charte québécoise*, mais également ceux prévus au *Code civil du Québec*, qui, en liaison avec la *Charte*, encadre le droit de la propriété au Québec. Le juge de première instance a examiné les articles pertinents du Code pour ensuite conclure que les restrictions de la déclaration de copropriété sont valides au sens de l'art. 1056 C.c.Q., qui prévoit

impose any restriction on the rights of the co-owners except restrictions justified by the destination, characteristics or location of the immovable.” He wrote the following (at p. 1899):

[TRANSLATION] The legislature has restated the classic triptych of the right of ownership: the right to use, enjoy and dispose of property freely (art. 947 C.C.Q.). It has also stated that ownership may be in various modes. Co-ownership of an immovable is one of the “special modes of ownership” (art. 1009 C.C.Q.). Co-ownership is itself defined as “ownership of the same property, jointly and at the same time, by several persons” (art. 1010 C.C.Q.). Co-owners may dispose of their fractions, but their use and enjoyment of both the private and common portions thereof must be consistent with the by-laws of the immovable and must not “impair the rights of the other co-owners or the destination of the immovable” (art. 1063 C.C.Q.).

Regarding the destination of the immovable, the trial judge reviewed the declaration of co-ownership and made the following observation (at p. 1901):

[TRANSLATION] The quality of the materials used, the layout of the dwelling units, the detailed architecture and the harmony of the exterior are the elements that give this property its appearance of luxury and comfort. . . .

What potential buyers are presented with is not just a luxurious and prestigious property, but a “lifestyle”

The preservation of these overall qualities within an upscale residential concept is a collective element that the co-owners will want to preserve.

This led the trial judge to conclude that the restrictions imposed on the use of patios, balconies and terraces were justified, in conformity with art. 1056 C.C.Q., by the immovable’s destination, characteristics and location.

As for the co-owners’ right to life and personal security under s. 1 of the Quebec *Charter*, it was protected by another purpose of the declaration of co-ownership, that is, to prevent the obstruction of routes between balconies so that they could be used

que « [l]a déclaration de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires, sauf celles qui sont justifiées par la destination de l’immeuble, ses caractères ou sa situation. » Il écrit (p. 1899) :

Le législateur reprend le triptyque classique du droit de propriété : droit d’user, de jouir et de disposer librement d’un bien (art. 947 C.C.Q.). Il précise que ce droit est susceptible de modalités. La copropriété d’un immeuble est l’une « des modalités de la propriété » (art. 1009 C.C.Q.). La copropriété est elle-même définie comme étant « la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien » (art. 1010 C.C.Q.). Chaque copropriétaire peut disposer de sa fraction, mais l’usage et la jouissance qu’il en fait, tant sur la partie privative que la partie commune, doivent respecter le règlement de l’immeuble et ne pas porter atteinte « ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l’immeuble » (art. 1063 C.C.Q.).

En ce qui concerne la destination de l’immeuble, le juge de première instance a examiné la déclaration de copropriété et noté (p. 1901) :

La qualité des matériaux, l’agencement des unités d’habitation, l’aspect soigné de l’architecture, l’harmonie de l’ensemble extérieur constituent les éléments conférant à cet ensemble immobilier un caractère de luxe et de confort. . . .

Ce qui est représenté à un éventuel acquéreur est non seulement un immeuble de luxe et de prestige, mais un « mode de vie »

La préservation de ces caractéristiques d’ensemble, à l’intérieur d’un concept éminemment résidentiel haut de gamme, constitue un élément collectif que les copropriétaires chercheront à préserver.

Tout cela permet au juge de première instance de conclure que les restrictions imposées à l’usage des patios, balcons et terrasses sont justifiées par la destination de l’immeuble, ses caractères et sa situation, conformément à l’art. 1056 C.c.Q.

Quant au droit à la vie et à la sûreté de chacun des copropriétaires, prévu à l’art. 1 de la *Charte québécoise*, il est protégé par un autre objet de la déclaration de copropriété, soit l’empêchement d’obstruer les voies de passage entre les balcons tenant lieu de

as emergency exits. To attain this objective, balconies and patios, which were common portions reserved for exclusive use, were subject to a right of way in favour of the co-owners. The trial judge discussed the need to keep these areas free of obstructions (at p. 1914):

[TRANSLATION] It is easy to see from the testimony and from a review of the plans and photographs of the premises that there are a number of places where it is possible to move, either horizontally or vertically, from one balcony to another. For example, people trapped on their balcony by a fire raging inside their apartment could cross over to a neighbour's balcony. It can be seen from photographs of the succahs that they hinder this type of movement and, depending on the materials used in their construction, could even block an escape route entirely.

170 It is easy to see the required connection between the prohibition against building on balconies and the desire to keep emergency routes open. The purpose of the prohibition is to protect the fundamental right of all co-owners to life and personal security, and this right must be taken into account when reconciling the various rights and freedoms in issue. The argument that succahs can be erected without blocking access routes too much if certain conditions are complied with cannot be accepted at this point in the analysis, as it is based on the concept of reasonable accommodation, which is inapplicable in the context of s. 9.1.

171 The respondent also submits that allowing succahs on balconies, patios or porches would compromise safety and, according to its insurer, would be considered an increased risk that could cause its insurance to be suspended. In a letter dated October 15, 1997, the senior underwriter for business insurance at the Canadian General Insurance Company wrote the following:

[TRANSLATION] This is to confirm that we cannot agree to cover any liability resulting from the construction of a shelter or small structure on the premises belonging to the insured, be they on the adjacent land or on balconies. This would be an increase of risk in terms of coverage for third-party liability and fires.

In reconciling the rights at issue here, the Syndicat's interest in maintaining its insurance coverage and

sortie de secours. En effet, les balcons et patios, en tant que parties communes à usage exclusif, font l'objet d'une servitude de passage en faveur des copropriétaires pour atteindre cet objectif. Le juge de première instance décrivait la nécessité de ne pas obstruer le passage (p. 1914) :

À l'aide des témoignages, de l'examen des plans et photographies des lieux, l'on peut facilement concevoir qu'il est possible de passer d'un balcon à un autre à plusieurs endroits, et ce, tant horizontalement que verticalement. À titre d'exemple, en cas d'incendie, les personnes retenues sur leur balcon alors que le feu fait rage à l'intérieur de leur appartement pourraient ainsi passer chez un voisin. L'examen des photographies des succahs montre qu'elles font obstacle à ce passage et qu'à la limite, selon les matériaux employés dans leur construction, elles pourraient obstruer totalement une voie d'évacuation.

Il est facile de voir le lien nécessaire entre la prohibition de construire sur les balcons et la volonté de garder les voies de secours dégagées. L'objet de cette prohibition est la protection du droit fondamental de tous les copropriétaires à la vie et à la sûreté, dont il faut tenir compte dans la conciliation des divers droits et libertés en cause. L'argument selon lequel les succahs peuvent être construites sans trop bloquer les voies d'accès si certaines conditions sont respectées ne saurait être retenu à cette étape de l'analyse puisqu'il est fondé sur la notion de l'accommodement raisonnable, qui n'est pas applicable dans le contexte de l'art. 9.1.

L'intimé soutient également que la présence de succahs sur les balcons, patios et galeries compromet la sécurité et constitue, selon son assureur, une aggravation du risque pouvant entraîner la suspension de l'assurance. En fait, dans sa lettre du 15 octobre 1997, l'assureur principal en assurance des entreprises chez Compagnie d'Assurance Canadienne Générale écrit :

La présente est pour confirmer que nous ne pouvons accepter de couvrir la responsabilité découlant de la construction d'abri ou de cabane sur les lieux appartenant à l'assuré que ce soit sur le terrain adjacent ou sur les balcons. Il s'agit d'une aggravation du risque au point de vue responsabilité civile et incendie.

Il faut donc tenir compte, dans la conciliation des droits, du fait que le Syndicat a intérêt à maintenir

avoiding an increase of risk with respect to both the common and private portions of Place Northcrest must be taken into account.

Finally, it should be noted that all the co-owners have an interest in maintaining harmony in the co-owned property and an undivided right therein, especially with respect to a common portion reserved for restricted use in which, by contract, they have a collective right of ownership. Reconciliation cannot amount to a simple request made to the co-owners to renounce their rights in the common portion consisting of the balconies. Co-owners have the right to expect contracts to be respected; this expectation is also consistent with the general interest of the citizens of Quebec.

Therefore, it must be decided if it is possible to reconcile the provisions of the declaration of co-ownership, which is binding on the parties and which preserves the co-owners' right to the peaceful enjoyment and free disposition of their property and their right to personal security, with Mr. Amselem's freedom of religion. This Court's comment in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877, is relevant in this regard:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, . . . *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Furthermore, any reconciliation of rights must take into account the fact that certain rights and freedoms in the Quebec *Charter*, including s. 6, which is at issue here, are self-limiting. Professor Chevrete, *supra*, at pp. 468-69, presented two ways to look at this situation in light of s. 9.1:

[TRANSLATION] What is the effect of s. 9.1 on ss. 6 (enjoyment and free disposition of property) and 9 (professional secrecy), given that s. 6 already provided that the guarantee existed "except to the extent provided by law" and s. 9 provided that it could be overridden by "an express provision of law"? Can it be argued that s. 9.1, which was enacted after these provisions, supersedes

en vigueur la police d'assurance et à éviter qu'il y ait aggravation du risque, autant pour les parties communes que pour les parties privées de Place Northcrest.

172
Finalement, rappelons que tous les copropriétaires ont un intérêt dans le maintien de l'harmonie au sein de la copropriété et un droit indivis dans celle-ci, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'une partie commune à usage restreint sur laquelle, contractuellement, ils ont un droit de propriété à titre de collectivité. La conciliation ne peut équivaloir à la simple demande faite aux copropriétaires de renoncer à leurs droits sur la partie commune que constituent les balcons. Les copropriétaires ont le droit de s'attendre au respect des contrats conclus. De telles attentes sont en accord avec l'intérêt général des citoyens du Québec.

173
Il y a donc lieu de décider s'il est possible de concilier les dispositions de la déclaration de copropriété — laquelle lie les parties — qui préservent le droit des copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs biens, ainsi que leur droit à la sûreté, avec la liberté de religion de M. Amselem. Sont pertinents à cet égard les propos de la Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877 :

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

174
Toutefois, un exercice de conciliation doit tenir compte du fait que certains droits et libertés dans la *Charte* québécoise, en l'espèce l'art. 6, comportent une auto-limitation. Le professeur Chevrete, *loc. cit.*, p. 468-469, expose deux façons d'examiner cette situation à la lumière de l'art. 9.1 :

Quel est l'effet de l'article 9.1 sur les articles 6 (jouissance et libre disposition des biens) et 9 (secret professionnel), qui prévoyaient déjà, l'un que la garantie existait « sauf dans la mesure prévue par la loi », l'autre qu'elle pouvait être écartée « par une disposition expresse de la loi »? Peut-on prétendre que l'article 9.1, qui leur est postérieur, l'emporte sur ces clauses et

them and replaces the legislature's discretion with the tests established by s. 9.1?

It seems obvious that this is not the case. The clarity and the exceptional nature of these provisions make them special standards that prevail over the subsequent general standard of s. 9.1. Since "the principle granting priority to special legislation, or to the more recent enactment, is at best a guide or presumption of legislative intent", the second principle must apply, as the legislature intended that s. 9.1 should reduce rather than increase the precedence of the sections subject to s. 9.1 over any other law.

This is, however, far from the end of the matter. Within the first chapter of the Charter, there is a superimposition of certain guarantees. Some sections are not self-limiting, although they are still subject to s. 9.1; others are. Thus, an expropriation could be justified under s. 6 itself, in that it would amount to an impairment of the enjoyment of property "provided by law", whereas it could not be justified under s. 8 (respect for private property), which is not self-limiting, without the operation of s. 9.1.

175 In *Desroches v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540, at pp. 1552 and 1555, the Quebec Court of Appeal saw the limitation in s. 6 of the Quebec *Charter* as giving precedence to another right referred to in the *Charter* that was subject to no such limitation:

Although section 6 acknowledges the recognition our society accords to property rights, these rights are subject to an inherent limitation, expressly stated in section 6 itself: property rights are limited by the restrictions provided for by law, including above all those limits which stem from the respect of other charter rights.

... Property rights cannot trump equality guarantees. Where a seemingly neutral policy rationally related to the running of a business (for instance) has the adverse effect of discrimination, however, the courts may allow the policy to stand so long as the duty to accommodate is fulfilled.

176 In the case at bar, not only is there a conflict between the right to freedom of religion and property rights, but the right to freedom of religion is also in conflict with the right to life and personal security, and with contractual rights. It should also

remplace une discrétion pure et simple du législateur par les critères qu'il établit?

Il semble évident que non. En effet, la clarté et le caractère exceptionnel de ces clauses en font des normes spéciales, qui l'emportent sur la norme générale et postérieure de l'article 9.1. Comme « les principes de préséance de la loi nouvelle ou de la loi spéciale sont tout au plus des guides, des présomptions d'intention du législateur », il faut opter ici pour l'application du second principe, le législateur ayant voulu par l'article 9.1 diminuer et non pas augmenter l'effet de prépondérance des articles visés par ce dernier sur toute autre loi.

Mais cela ne clôt pas le débat, il s'en faut. À l'intérieur même du chapitre 1 de la Charte, il y a superposition de certaines garanties, les unes ne comportant pas d'autolimitation — sauf celle de l'article 9.1 —, d'autres en comportant. Ainsi une expropriation pourra être rachetée par l'article 6 lui-même, dans la mesure où il s'agit d'une atteinte à la jouissance de biens « prévue par la loi », alors même qu'elle ne pourra l'être que par l'article 9.1, eu égard à l'article 8 (respect de la propriété privée) qui ne comporte pas d'autolimitation.

Dans *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540, p. 1552 et 1555, la Cour d'appel du Québec mentionnait la limitation à l'art. 6 de la *Charte* québécoise afin de donner préséance à un autre droit inscrit dans la *Charte*, qui ne comportait pas une telle limite :

[TRADUCTION] Bien que l'art. 6 consacre la reconnaissance par notre société des droits relatifs aux biens, ces droits sont assortis d'une limite intrinsèque, énoncée expressément dans l'art. 6 lui-même : ces droits sont limités par les restrictions prévues par la loi, notamment celles découlant du respect des autres droits garantis par la Charte.

... Les droits relatifs aux biens ne peuvent écarter les garanties d'égalité. Toutefois, lorsqu'une politique — apparemment neutre — concernant l'exploitation d'une entreprise (par exemple) produit un effet discriminatoire, les tribunaux peuvent conclure à la validité de la politique pourvu que l'obligation d'accommodement soit respectée.

En l'espèce, il n'y a pas seulement conflit entre le droit à la liberté de religion et les droits de propriété, mais il y a aussi conflit entre le droit à la liberté de religion et le droit à la vie et à la sûreté, de même qu'entre le droit à la liberté de religion et des droits

be borne in mind that the Syndicat, in an attempt to reconcile the co-owners' competing interests, proposed the construction of a communal succah near one of the towers. This offer, which, it should be noted, Mr. Amselem had accepted, was the result of a negotiation process involving a number of parties. What is more, the Canadian Jewish Congress considered the proposed compromise to be reasonable and, in a letter dated October 10, 1997, thanked the Syndicat for its efforts to accommodate its Jewish residents. All this is important to the assessment of what is consistent with the general well-being of citizens.

In the end, the appellants rejected the Syndicat's offer, citing a multitude of problems and details, but they never proposed anything other than the erection of succahs on their balconies. It is clear that the communal succah would be a source of inconvenience for Mr. Amselem, but the individual succah, too, was a source of genuine inconvenience for the other co-owners: in particular, it obstructed an emergency route, and the elevators were blocked during the construction while being used to transport the materials. On this issue, the trial judge criticized the appellants for being inflexible in rejecting the compromise. In his view, their attitude showed that they were not willing to contribute to a solution that would be acceptable to all. It is especially important to note in this respect that such a contribution is required of all rights holders by s. 9.1 of the *Quebec Charter*, by the *Charter's* preamble, which recognizes that "the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being", and by the preliminary provision of the *Civil Code of Québec*, which states that the Code, "in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property". As I noted above, the application of s. 9.1 does not simply presuppose an accommodation approaching extreme tolerance by all rights holders other than Mr. Amselem. He, too, is part of the multicultural society that demands reconciliation of the rights of all. It is not irrelevant that the trial judge, following a thorough analysis, concluded that

contractuels. Rappelons également que le Syndicat, dans le souci de réconcilier les copropriétaires, a proposé la construction d'une souccah commune à proximité d'une des tours. Cette offre, à laquelle M. Amselem avait donné son accord — il est utile de le rappeler — est le produit d'un processus de négociation entre plusieurs parties. D'ailleurs, le Congrès juif canadien avait trouvé que le compromis proposé était raisonnable et il reconnaissait, dans une lettre datée du 10 octobre 1997, les efforts déployés par le Syndicat dans le souci d'accueillir les résidents de confession juive. Tout cela est important dans l'évaluation de ce qui est conforme au bien-être général des citoyens.

En fin de compte, les appelants n'ont pas accepté l'offre du Syndicat, soulevant plutôt une multitude de problèmes et de détails, sans jamais proposer quoi que ce soit d'autre qu'une souccah sur leur balcon. Il est certain que la souccah commune entraîne des inconvénients pour M. Amselem; la souccah individuelle, quant à elle, présente aussi de véritables inconvénients pour les autres copropriétaires : notamment elle obstrue une voie de secours, et, pendant la construction, les ascenseurs se trouvent bloqués à cause du transport de matériaux. Traitant de ce problème, le juge de première instance reproche aux appelants de n'avoir fait preuve d'aucune souplesse en refusant le compromis. Selon lui, leur attitude démontre qu'ils ne voulaient pas contribuer à une solution acceptable pour tous. Il est surtout important de noter sous ce rapport que tous les titulaires de droits sont mis à contribution dans le cadre de l'art. 9.1 et du préambule de la *Charte québécoise*, qui reconnaît que « les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général », comme de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, qui prévoit que le Code « régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». L'application de l'art. 9.1 ne suppose pas simplement un accommodement en deçà du seuil de tolérance extrême pour tous les titulaires de droits autres que M. Amselem, comme je l'ai noté plus haut. Celui-ci est aussi partie de la société multiculturelle qui commande la conciliation des droits de

there was a reasonable accommodation in the case at bar and that in the Court of Appeal, Morin J.A. relied on this Court's decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, *supra*, to hold that there was no reason to interfere with this assessment of the evidence. In other words, the trier of fact was satisfied that even the most demanding test did not support the appellants' case.

chacun. Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que le juge du procès a conclu, aux termes d'une analyse détaillée, qu'il y avait eu accommodement raisonnable en l'instance, et que le juge Morin, en Cour d'appel, s'appuyant sur la décision de notre Cour dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, a jugé qu'il n'y avait aucune raison d'intervenir relativement à cette appréciation de la preuve. C'est dire que le juge des faits était satisfait que même le test le plus exigeant ne saurait donner raison aux appelants.

178 The appellants contend that the obligation imposed on them to exercise their rights of co-ownership in harmony with the rights of the other co-owners is unfair. However, it must not be forgotten that the declaration of co-ownership was drafted in an effort to preserve the rights of all the co-owners, without distinction. It must also be borne in mind that the compromise proposed by the respondent, namely the erection, at the expense of all the co-owners, of a communal succah on land belonging to all the co-owners located next to the building, would have had the desired result of upholding the parties' rights under ss. 6, 1 and 3 of the Quebec *Charter*. Such a solution would also be consistent with the three conditions adopted by this Court in *Big M Drug Mart*, *supra*, and approved in *Ross*, *supra*, that is, that freedom of religion must be exercised (1) within reasonable limits, (2) with respect for the rights of others and (3) bearing in mind such limitations as are necessary to protect public safety, order and health and the fundamental rights and freedoms of others. The right of co-ownership, in its essence, is exercised in harmony with the rights of all the co-owners. This does not amount to repudiating freedom of religion, but rather to facilitating the exercise thereof in a way that takes the rights of others and the general well-being into account.

Les appelants prétendent que l'obligation qui leur est imposée d'exercer leurs droits de copropriété en harmonie avec les droits des autres copropriétaires est inéquitable. Cependant, il ne faut pas oublier que la déclaration de copropriété a été rédigée en vue de préserver les droits de tous les copropriétaires sans distinction. Il faut également tenir compte du fait que le compromis proposé par l'intimé, soit la construction d'une souccah commune sur un terrain adjacent à l'immeuble et appartenant à tous les copropriétaires, aux frais de ces derniers, aurait permis de parvenir au résultat voulu, soit le respect des droits des parties suivant les art. 6, 1 et 3 de la *Charte* québécoise. Une telle solution respecte aussi les trois conditions entérinées par la Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, et confirmées dans l'arrêt *Ross*, précité, soit l'exercice de la liberté de religion (1) dans les limites raisonnables, (2) dans le respect des droits d'autrui, et (3) compte tenu des restrictions nécessaires pour que soient préservés la sécurité, l'ordre, la santé et les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Le droit de copropriété s'exerce, par essence, en accord et en harmonie avec les droits de tous les copropriétaires. Il ne s'agit pas ici de nier la liberté de religion, mais plutôt d'en favoriser l'exercice en tenant compte des droits d'autrui et du bien-être général.

179 With respect to s. 1 of the Quebec *Charter*, it is difficult to imagine how granting a right of way in emergency situations, which is essential to the safety of all the occupants of the co-owned property, could fail to justify the prohibition against setting up succahs, especially in light of the compromise

En ce qui concerne l'art. 1 de la *Charte* québécoise, il est difficile de concevoir comment l'octroi d'une servitude de passage en cas d'urgence, essentielle pour la sécurité de tous les occupants de la copropriété, ne justifierait pas l'interdiction de l'installation d'une souccah, surtout compte tenu du

proposed by the respondent. I see no need to revisit the trial judge's findings of fact on this subject.

This leads me to conclude that, since Mr. Amselem's right to freedom of religion cannot be exercised in harmony with the rights and freedoms of others or with the general well-being, the infringement of Mr. Amselem's right is legitimate. Even though the declaration of co-ownership's prohibition against building prevents the appellants from erecting succahs on their balconies, porches or patios, it does not violate their freedom of religion.

D. *Waiver of Freedom of Religion*

Given that there was no violation of the appellant's right to freedom of religion, there is no need to consider the argument that the appellants implicitly waived their right by signing the declaration of co-ownership, although it goes without saying that the submissions made in respect of this question apply to the s. 9.1 analysis.

V. Conclusion

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

I. Introduction

The unusual aspect of the claim to freedom of religion in this case is that the claim is asserted by the appellants, not against the State but against fellow co-owners of a Montréal luxury building (or "immovable"), all of whom (including the appellants) entered into contractual rules governing the use of commonly owned facilities. The agreed rules, as found by all of the judges in the courts below, plainly prohibit the erection on the communally owned balconies of a succah, which is a makeshift temporary dwelling, open to the sky, that is used in connection with the appellants' religious observance in the Jewish tradition for nine days in each year. The appellants rely on a right to freedom of

compromis proposé par l'intimé. Je n'ai pas à revenir sur les conclusions de fait du juge de première instance en cette matière.

Tout cela me permet de conclure que le droit à la liberté de religion de M. Amselem ne peut s'exercer en harmonie avec les droits et libertés d'autrui et du bien-être en général. L'atteinte au droit de M. Amselem est licite. Bien que l'interdiction de construire prévue dans la déclaration de copropriété empêche les appelants de construire des souccahs sur leurs balcons, galeries ou patios, elle ne viole pas leur liberté de religion.

D. *Renonciation à la liberté de religion*

Étant donné qu'il n'y a pas de violation du droit à la liberté de religion des appelants, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument que les appelants auraient renoncé implicitement à leur droit en adhérant à la déclaration de copropriété. Il va sans dire cependant que les arguments présentés eu égard à cette question sont applicables à l'analyse faite sous le régime de l'art. 9.1.

V. Conclusion

Pour les motifs énoncés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

I. Introduction

L'aspect inhabituel de la présente revendication du droit à la liberté de religion vient du fait que la plainte des appelants vise non pas l'État mais plutôt les autres copropriétaires du même immeuble luxueux de la région de Montréal, lesquels (y compris les appelants) se sont tous engagés à respecter les règles contractuelles régissant l'usage des parties communes. Comme ont conclu les juges des juridictions inférieures, les règles dont ont convenu les copropriétaires interdisent clairement l'installation de souccahs sur les balcons — qui sont des parties communes de l'immeuble. Les souccahs sont des habitations de fortune temporaires, dont le toit laisse entrevoir le ciel et qui sont utilisées

180

181

182

183

religion under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, to insist on building a succah on each of their balconies despite the contract they made with their co-owners and despite their co-owners' offer of a communal succah in the garden of the building. There is much to be said on both sides of this issue but in the end I agree with the Quebec Court of Appeal that in all the circumstances the appellants cannot reasonably insist on a personal succah. I would therefore dismiss the appeal.

dans le cadre des rites de tradition juive pratiqués par les appelants pendant une période de neuf jours chaque année. Invoquant le droit à la liberté de religion garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, les appelants insistent pour bâtir une souccah sur leur balcon respectif, malgré le contrat qu'ils ont conclu avec les autres copropriétaires et l'offre de ces derniers concernant l'installation d'une souccah commune dans les jardins de l'immeuble. De nombreux arguments pourraient être avancés de part et d'autre sur cette question, mais, en définitive, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel du Québec selon laquelle, eu égard à toutes les circonstances, les appelants ne peuvent raisonnablement insister pour avoir leur propre souccah. En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

184 My reasons differ from those of my colleague Bastarache J. because of the weight I place on the private contract voluntarily made among the parties to govern their mutual rights and obligations, including the contractual rules contained in the declaration of co-ownership, as well as on the co-owners' offer of accommodation. Buried at the heart of this fact-specific case is the issue of the appellants' acceptance, embodied in the contract with their co-owners, that they would not insist on construction of a personal succah on the communally owned balconies of the building.

Mes motifs diffèrent de ceux de mon collègue le juge Bastarache en raison de l'importance que j'accorde, d'une part, au contrat privé dont ont volontairement convenu les parties et qui régit leurs obligations et droits respectifs, notamment les règles contractuelles énoncées dans la déclaration de copropriété, et, d'autre part, à la mesure d'accommodement proposée par le syndicat des copropriétaires. Au cœur du présent litige, qui est particulièrement tributaire des faits qui lui sont propres, se pose la question de l'engagement des appelants, constaté dans le contrat conclu avec les autres copropriétaires, de ne pas insister pour construire des souccahs individuelles sur les balcons de l'immeuble, balcons qui sont des parties communes.

185 There is a vast difference, it seems to me, between using freedom of religion as a shield against interference with religious freedoms by the State and as a sword against co-contractors in a private building. It was for the appellants, not the other co-owners, to determine in advance of their unit purchase what the appellants' particular religious beliefs required. They had a choice of buildings in which to invest. They undertook by contract to the owners of *this* building to abide by the rules of *this* building even if (as is apparently the case) they accepted the rules without reading them. They thereafter rejected the accommodation offered by their co-owners of a communal succah in the garden because it did

Il existe selon moi une énorme différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme un bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser comme une épée contre des cocontractants dans un immeuble privé. Il appartenait aux appelants et non aux autres copropriétaires de déterminer, avant d'acheter leur appartement, quelles exigences étaient liées à leurs croyances religieuses. Il y avait plusieurs immeubles où ils pouvaient acheter. Ils se sont engagés par contrat envers les propriétaires de *cet* immeuble à respecter les règles de *cet* immeuble, même si (comme c'est apparemment le cas) ils ont accepté les règles sans les avoir lues. Ils ont ensuite rejeté la

not fully satisfy their religious views although the accommodation was not, as will be seen, inconsistent even with Mr. Moïse Amselem's sense of religious obligation in circumstances where a personal succah is simply not available.

A. *Freedom of Religion*

I agree that freedom of religion as guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* should be broadly interpreted. Judges have no manageable criteria by which to evaluate the merits or "validity" of an individual's own faith-based belief in what imperils his or her immortal soul (in the Judeo-Christian tradition), or to appraise the conduct on this earth that conformity to that belief demands. However, care must be taken when it comes to religious practices or conduct that impinge not on private worship but on the rights of others. Due regard must be had to obligations freely undertaken by the claimant toward other individuals, and to broader relationships with people living in a community, as reflected in the opening paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, which provides:

In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

Thus the Quebec *Charter* is concerned not only with rights and freedoms but with a citizen's *responsibilities* to other citizens in the *exercise* of those rights and freedoms.

The law does not provide a general definition of freedom of religion for all purposes. Much depends on the context. The context and structure of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which applies only to constrain State action and does not regulate private relationships, is different. Even in

mesure d'accommodement proposée par les copropriétaires, en l'occurrence l'utilisation d'une succah commune dans les jardins de l'immeuble, parce que cette proposition ne satisfaisait pas entièrement leurs opinions religieuses, bien que, comme nous ne le verrons plus loin, elle n'était pas incompatible avec ce que M. Moïse Amselem lui-même considérerait être ses obligations religieuses dans les cas où il ne lui est tout simplement pas possible de disposer de sa propre succah.

A. *La liberté de religion*

Je reconnais que la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise doit recevoir une interprétation large. Il n'existe pas de critère facilement applicable et permettant aux juges d'évaluer le bien-fondé ou la « validité » de la conviction — basée sur la foi — qu'a une personne qu'une situation donnée menace son âme immortelle (dans la tradition judéo-chrétienne), ou d'apprécier la conduite nécessaire en ce monde pour se conformer à cette conviction. Toutefois, la prudence s'impose lorsqu'il s'agit de pratiques ou conduites religieuses qui touchent non pas à l'exercice personnel de la religion mais aux droits d'autrui. Il faut tenir compte des obligations volontairement contractées par le plaignant envers d'autres personnes, et des rapports généraux qui existent entre les habitants d'une même collectivité, comme en témoigne le premier alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, qui dispose ainsi :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Par conséquent, la *Charte* québécoise ne s'attache pas uniquement aux droits et libertés des individus, mais aussi aux *responsabilités* de ceux-ci envers leurs concitoyens dans l'*exercice* de ces droits et libertés.

Le droit ne donne pas une définition générale de la liberté de religion qui soit applicable dans tous les cas. La portée de la liberté de religion est largement tributaire du contexte. Dans le cas de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui ne s'applique qu'aux mesures prises par l'État et non aux

186

187

the case of the Canadian *Charter*, however, the Court has observed that “although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower”: *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226. See also *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 72; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 30.

rapports privés, le contexte et la structure sont différents. Mais même là, la Cour a fait remarquer que, « bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d’agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte » : *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226; voir aussi *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 36.

188 It is helpful to approach s. 3 of the Quebec *Charter* using the framework proposed by the authors H. Brun and G. Tremblay, in their text *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 1033, which poses four requirements: [TRANSLATION] “(1) existence of a religious precept; (2) sincere belief in that precept; (3) existence of a conflict between the precept and the rule; and (4) reasonableness of the objection”.

Le cadre d’analyse proposé par les auteurs H. Brun et G. Tremblay, à la p. 1033 de leur ouvrage intitulé *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), est utile pour statuer sur l’application de l’art. 3 de la *Charte* québécoise. Ce cadre comporte quatre critères : « (1) existence d’un précepte religieux; (2) croyance sincère en ce précepte; (3) existence d’un conflit entre le précepte et la règle; (4) raisonabilité de l’objection ».

189 I accept that Mr. Amselem has met the threshold test of bringing his claim within the protected zone of religious freedom. (For present purposes, as I conclude the appeal should be dismissed, it is unnecessary to dwell on the alleged insufficiencies of the evidence of the other appellants.) Mr. Amselem clearly respects the succah ritual as a religious precept, by which I understand him to mean a divine command (*Shorter Oxford English Dictionary* (5th ed. 2002), vol. 2, at p. 2316). There is no doubt expressed by any of the parties that in general terms the precept exists as an article of the Jewish faith. We are not dealing here with a religion of one phenomenon, or a non-traditional claim such as the smoking of peyote as part of a claimed religious experience (*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)). Those types of issues will have to be addressed when they arise.

Je reconnais que M. Amselem a satisfait au critère préliminaire lui permettant d’invoquer le droit à la liberté de religion. (Comme je conclus au rejet du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire, pour les besoins de l’analyse, de s’attarder aux arguments soulevant l’insuffisance de la preuve des autres appelants.) M. Amselem observe clairement le rituel de la souccah en tant que précepte religieux, terme par lequel il désigne, selon mon interprétation, un commandement divin (*Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 2042). Aucune des parties n’a mis en doute le fait que ce précepte constitue, de façon générale, un article de la foi juive. Nous ne sommes pas en présence d’un cas de religion individuelle, ni d’une revendication non traditionnelle telle la consommation de peyotl en tant qu’expérience religieuse (*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon c. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)). Les situations de ce genre devront être examinées lorsqu’elles se présenteront.

190 I do not think it is the function of the courts to choose between the competing views of Rabbi Levy and Rabbi Ohana, each of great respectability, as to the precise content of the divine command. Mr. Amselem believes what he believes, and he

Je ne crois que ce soit le rôle des tribunaux de départager les opinions opposées des rabbins Levy et Ohana, tous deux très respectables, sur la teneur précise du commandement divin. Les convictions de M. Amselem sont ce qu’elles sont, et ce dernier croit

sincerely believes that dwelling in his own succah, rather than just in a succah, is part of his faith, subject to a measure of flexibility when a personal succah is not available, as hereinafter described.

The rigour of the analysis should, in my view, not occur at the front end of the s. 3 analysis, when the existence of a religious precept (or divine command) and the sincerity in the belief of that religious precept is being considered, where the freedom should be generously accorded, but at the subsequent limitation stage under s. 9.1 where, in the private context, the reasonableness of the exercise of a religious practice at the expense of others is being assessed. Religion is by nature an intensely personal and subjective matter. It is therefore, as Iacobucci J. demonstrates, a right of immense potential scope. The appellants urge both a broad front end acceptance of religious belief and a restricted view of acceptable accommodation. Such an approach would create an imbalance between the rights of the individual and the countervailing rights and interests of other members of Quebec society, whose “general well-being” is also protected by s. 9.1 of the Quebec *Charter*. As stated by the Quebec Minister of Justice when s. 9.1 was adopted in 1982:

[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absoluteness of the freedoms and rights set out in ss. 1 through 9 both by imposing limits, which are set out in the first paragraph, on the holders of those rights and freedoms in relation to other citizens, and by establishing, in the second paragraph, the principle that the legislature may impose limits in relation to the community at large. [Emphasis added.]

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609)

See also *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591, at para. 18.

sincèrement qu’habiter dans sa propre souccah — plutôt que dans une souccah — est un élément de sa religion, sous réserve du besoin de manifester une certaine souplesse lorsqu’il n’est pas possible de disposer de sa propre souccah, comme il sera expliqué plus loin.

La première moitié de l’analyse requise pour l’application de l’art. 3 — à savoir la partie qui porte sur l’existence d’un précepte religieux (ou commandement divin) et sur la sincérité de la conviction manifestée à l’égard de ce précepte, et où il faut reconnaître généreusement la liberté de religion — ne devrait pas, à mon avis, présenter un caractère trop exigeant. L’analyse doit devenir plus exigeante aux étapes suivantes, c’est-à-dire celles où, conformément à l’art. 9.1, on évalue en contexte de droit privé le caractère raisonnable de l’exercice d’une pratique religieuse vis-à-vis d’autrui. La religion est, par nature, quelque chose d’intensément personnel et subjectif. Comme le démontre le juge Iacobucci, le droit à la liberté de religion possède par conséquent un champ d’application potentiellement immense. Les appelants prônent à la fois une conception généreuse à l’égard des convictions religieuses et une vision restrictive des mesures d’accommodement acceptables. Une telle attitude créerait un déséquilibre entre les droits de l’intéressé et les droits et intérêts opposés des autres membres de la société québécoise, dont le « bien-être général » est également protégé par l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Comme a affirmé le ministre de la Justice du Québec, lors de l’adoption de l’art. 9.1 en 1982 :

L’article 9.1 a pour objet d’apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l’angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l’égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l’égard de l’ensemble de la collectivité, principe qu’on retrouve au deuxième alinéa. [Je souligne.]

(*Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609)

Voir aussi *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 18.

B. *Rights and Freedoms of the Other Co-Owners*

192

The primary right asserted by the respondent is under s. 6 of the Quebec *Charter*, which states in part as follows:

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

Article 1063 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, provides in the case of co-ownership that “[e]ach co-owner has the disposal of his fraction” and “has free use and enjoyment of his private portion and of the common portions, provided he observes the by-laws of the immovable and does not impair the rights of the other co-owners or the destination of the immovable” (emphasis added). The rules of a building/immovable under divided co-ownership, contained in the declaration of co-ownership, promote peaceful enjoyment of the units (one of the s. 6 rights) by all co-owners. The regulation of common areas enhance the appearance and value of the building as a whole, and the appellants accept that this is so.

193

Section 3 of the Quebec *Charter* groups freedom of religion compendiously with freedom of conscience, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association. While there are security and insurance concerns about succahs on balconies, the co-owners’ primary concern is the appearance of their home as an expression of how they wish to be seen by the world. This is related to maintaining the value of their investment.

194

The strictness of the rules agreed to by the co-owners, including the appellants, would have been evident had the appellants made even the most casual examination. Section 2.6, titled [TRANSLATION] “Limited Common Portions”, includes s. 2.6.3b) dealing with [TRANSLATION] “Balconies, porches and patios” which provides in part:

[TRANSLATION]

b) No owner may enclose or block off any balcony, porch or patio in any manner whatsoever or erect thereon constructions of any kind whatsoever. [Emphasis added.]

B. *Les droits et libertés des autres copropriétaires*

Le principal droit invoqué par l’intimé est énoncé à l’art. 6 de la *Charte* québécoise, qui dispose en partie :

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

L’article 1063 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, précise que « [c]haque copropriétaire dispose de sa fraction; il use et jouit librement de sa partie privative et des parties communes, à la condition de respecter le règlement de l’immeuble et de ne pas porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l’immeuble » (je souligne). Les règles d’un immeuble détenu en copropriété divise, qui sont inscrites dans la déclaration de copropriété, favorisent la jouissance paisible des diverses unités (l’un des droits visés à l’art. 6) par tous les copropriétaires. La réglementation des parties communes rehausse l’apparence et la valeur de l’ensemble de l’immeuble, ce que reconnaissent d’ailleurs les appelants.

L’article 3 de la *Charte* québécoise réunit compendieusement la liberté de religion aux libertés de conscience, d’opinion, d’expression, de réunion pacifique et d’association. Bien que la construction de succahs sur les balcons soulève des questions de sécurité et d’assurance, le souci principal des copropriétaires est l’apparence de leur résidence, puisqu’elle reflète l’image qu’ils désirent projeter. Ce souci est lié au maintien de la valeur de leur investissement.

La rigueur des règles dont ont convenu les copropriétaires, dont font partie les appelants, serait clairement apparue à ces derniers s’ils les avaient examinées, ne fut-ce que sommairement. Voici un passage de l’art. 2.6 intitulé « Parties communes limitées », lequel comprend notamment l’al. 2.6.3b), qui régit les « balcons, galeries et patios » :

b) pour ce qui est des balcons, patios et des galeries, aucun propriétaire n’aura le droit de les fermer ou de les isoler de quelque façon que ce soit ou d’y faire des constructions de quelque nature que ce soit; [Je souligne.]

The prohibition in s. 2.6.3b) does not include a consent provision but seems absolute, as compared with (for example) s. 9.3 dealing with decoration:

[TRANSLATION] No balcony or porch may be decorated, covered, enclosed or painted in any way whatsoever without the prior written permission of the co-owners or the Board of Directors, as the case may be.

Irrespective of whether a structure which is “open to the skies” can be said to be “covered” or “enclosed” under s. 9.3, I agree with the trial judge and the judges of the Court of Appeal that the construction of a succah was prohibited under a combination of the other rules. Indeed counsel for the appellants frames one of the issues in dispute as follows:

Can one waive his or her right to freedom of religion in advance by signing a contract of adhesion containing a general prohibition against decorations or constructions on one’s balcony?

The appellants undertook to respect not only s. 9.3 but also s. 2.6.3b) of the declaration of co-ownership, and even if (as Iacobucci J. suggests) the appellants might have been encouraged by the possibility of consent from their co-owners under s. 9.3 (had they read it), they would still have appreciated that a succah is a “construction of any kind” under s. 2.6.3b), and that construction of such structures on the outside balconies of this particular building was prohibited. Thus, while the offer of a communal succah in the garden of the building was less than the appellants desired, it was more than they had contracted for.

None of these restrictions in the rules of the immovable had a religious purpose. The rules were certainly not aimed at persons of the Jewish faith. The rules simply express a certain style of architectural austerity or collective anonymity which the co-owners wanted to present to the world in a building shorn of any external display of individual personality. The owners have gone so far in recent rulings

L’interdiction visée à l’al. 2.6.3b) ne prévoit pas de dérogation possible moyennant consentement mais semble plutôt absolue, comparativement (par exemple) à l’art. 9.3, qui traite des décorations :

Aucun balcon ou galerie ne peut être décoré, couvert, fermé ou peinturé de quelque manière que ce soit, sans le consentement écrit préalable des copropriétaires ou des administrateurs selon le cas.

Qu’une structure « sans toiture » puisse ou non être qualifiée de « couvert[e] » ou « fermé[e] » au sens de l’art. 9.3, je souscris à l’opinion du juge du procès et des juges de la Cour d’appel selon laquelle la construction des souccahs était interdite par l’effet conjugué des autres règles. D’ailleurs, voici comment l’avocat des appelants énonce une des questions en litige :

[TRADUCTION] Est-ce qu’une personne peut renoncer à l’avance à son droit à la liberté de religion en signant un contrat d’adhésion comportant une prohibition générale interdisant les décorations ou constructions sur les balcons?

Les appelants se sont engagés à respecter non seulement l’art. 9.3 de la déclaration de copropriété mais aussi l’al. 2.6.3b) et, même si (comme le suggère le juge Iacobucci) ils auraient pu être encouragés par la possibilité d’obtenir le consentement des autres copropriétaires en vertu de l’art. 9.3 (s’ils l’avaient lu), ils auraient néanmoins constaté qu’une souccah est une « construction de quelque nature que ce soit » au sens de l’al. 2.6.3b) et qu’il était interdit de construire de telles structures sur les balcons de l’immeuble. Par conséquent, bien que l’offre d’installation d’une souccah commune dans les jardins de l’immeuble ne correspondait pas exactement au désir des appelants, elle était quand même supérieure à ce que leur autorisait le contrat dont ils avaient convenu.

Aucune des restrictions prévues par les règles de l’immeuble ne visait la religion. Les règles ne visaient certainement pas les personnes de confession juive. Elles témoignent simplement de l’austérité architecturale ou de l’anonymat collectif que les copropriétaires voulaient projeter dans un immeuble dépourvu de tout signe extérieur d’individualité. Dans des décisions récentes, les copropriétaires

as to prohibit the display of garden trellises and television reception dishes. They told the Ambassador of the Netherlands to remove his national flag. Such micro-control of the exterior appearance of the building may not be to everyone's taste, but it was the collective will of the co-owners of the building in which the appellants had decided to invest.

C. *Existence of a Conflict*

196 There is clearly a conflict between the austere external appearance envisaged by the rules of the immovable and the appellants' desire to construct individual succahs on their balconies, even if only for a brief period of nine days a year.

D. *Reasonableness of the Appellants' Objection*

197 Although s. 9.1 of the *Quebec Charter* does not specifically impose a duty on third parties to accommodate a claimant, no doubt as a practical matter, the reasonableness of the claimants' conduct will be measured, at least to some extent, in light of the reasonableness of the conduct of the co-owners. The text of s. 9.1, however, puts the focus on the claimant who, in the exercise of his or her rights, must have regard to the facts of communal living which, of course, includes the rights of third parties. For convenience, I repeat the relevant part of s. 9.1:

In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec. [Emphasis added.]

As this Court said in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, a case dealing with State interference in freedom of expression, s. 9.1 imposes interpretative limits on the scope of the protected freedom (at p. 770):

The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to

sont allés jusqu'à interdire les treillis de jardin et les antennes paraboliques. Ils ont dit à l'ambassadeur des Pays-Bas d'enlever son drapeau national. Il est possible qu'une telle micro-gestion de l'apparence extérieure de l'immeuble ne plaise pas à tout le monde, mais elle exprime la volonté collective des copropriétaires de l'immeuble dans lequel les appellants ont décidé d'acheter un logis.

C. *L'existence d'un conflit*

L'apparence extérieure austère envisagée par les règles de l'immeuble entre manifestement en conflit avec le désir des appelants de se construire une souccah sur leur balcon respectif, même si ces constructions ne restent là que pendant une brève période de neuf jours par année.

D. *Le caractère raisonnable de l'objection des appelants*

Bien que l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise n'impose pas expressément à des tiers l'obligation de prendre des mesures d'accommodement en faveur du plaignant, il ne fait aucun doute qu'en pratique le caractère raisonnable de la conduite de ce dernier sera, dans une certaine mesure au moins, appréciée au regard du caractère raisonnable de la conduite des copropriétaires. Le texte de l'art. 9.1 fait bien ressortir que le plaignant doit exercer ses droits en tenant compte des réalités de la vie en société, y compris évidemment les droits des tiers. Pour des raisons de commodité, je reproduis à nouveau le passage pertinent de l'art. 9.1 :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. [Je souligne.]

Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, qui portait sur une atteinte par l'État à la liberté d'expression, l'art. 9.1 impose des limites en matière d'interprétation de la liberté garantie (p. 770) :

Le premier alinéa de l'art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n'est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d'interpréter l'étendue de ces libertés et droits

be interpreted. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

In my view, the “reasonableness” of the objection test, proposed by Brun and Tremblay, *supra*, viewed from the perspective of a reasonable person in the position of the appellants with full knowledge of the relevant facts, accords well with s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

The trial judge made a finding of fact that use of the communal succah would not compromise the appellants’ observance of the festival of Succot, and the evidence of Mr. Amselem, the most exigent of the appellants in this respect, supports that conclusion. Mr. Amselem testified that it would not be contrary to his faith to go to the communal succah in the garden:

[TRANSLATION]

Q. . . . So you do not transgress the law by walking from your unit to the proposed communal succah or in the communal garden?

A. No.

Q. Is that right: you do not transgress Jewish law?

A. No.

Mr. Amselem immediately notes a prohibition against “transporting” food to the succah but he then explains that (in the case of the communal succah at the synagogue) the food must be put on location prior to the holy day(s):

[TRANSLATION]

Q. Is that not what is done at the synagogue, Mr. Amselem?

A. No, you don’t cook at the synagogue. As I told you earlier, what people do at the synagogue is they bring their food the day before, at the Sabbath, during Succot

Mr. Amselem then outlines the possibility of celebrating Succot in a communal succah at the synagogue:

[TRANSLATION] The meals given at the synagogue are for people for whom it is physically impossible to make

fondamentaux. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

À mon sens, le critère de la « raisonabilité » de l’objection — considérée du point de vue d’une personne raisonnable placée dans la situation des appelants et parfaitement informée des faits pertinents — que proposent Brun et Tremblay, *op. cit.*, cadre bien avec l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle l’usage de la souccah commune n’empêcherait pas les appelants d’observer la fête du Souccoth, et cette conclusion est étayée par le témoignage de M. Amselem, le plus strict des appelants sur ce point. Ce dernier a témoigné qu’il ne serait pas contraire à sa foi d’aller dans une souccah commune installée dans les jardins de l’immeuble :

Q. . . . C’est ça, vous ne transgressez pas la Loi en marchant de votre unité à la supposée soukka commune ou dans le jardin commun?

R. Non.

Q. N’est-ce pas, vous ne transgressez pas la Loi juive?

R. Non.

M. Amselem a aussitôt signalé qu’il était interdit de « transporter » la nourriture à la souccah, expliquant ensuite que (dans le cas d’une souccah commune à la synagogue), la nourriture doit être apportée sur les lieux dans les journées qui précèdent la fête religieuse :

Q. Est-ce que ce n’est pas, Monsieur Amselem, ce que l’on fait à la synagogue?

R. Non, à la synagogue, on ne cuisine pas. Je vous ai dit tout à l’heure, ce que font les gens à la synagogue, ils amènent la nourriture la veille, quand il s’agit de sabbat, quand il s’agit de soukot . . .

M. Amselem a ensuite fait état de la possibilité de célébrer la Souccoth dans une souccah commune à la synagogue :

Les repas qui sont donnés à la synagogue c’est pour les gens qui n’ont pas la possibilité physique de faire une

198

199

200

a *succah* at home, because they have no room, they live in an apartment where there is no balcony. If a person is religious and has a balcony open to the sky and enough room, he makes a *succah*. [Underlining added.]

201 He then states that his religion permits him to find alternatives:

[TRANSLATION]

A. If it's impossible for me to do it where I live, if I don't have the physical space to do it where I live?

Q. Yes.

A. Well, in that case, I find alternatives. I go to the synagogue. [Emphasis added.]

202 Apart from the synagogue, going to see family and sharing their *succah* is also permitted, according to Mr. Amselem:

[TRANSLATION]

Q. ... When you went to your son's home, did that comply with the precepts of Jewish law, the commandments?

A. Yes.

Q. Yes?

A. Absolutely.

203 Friends are yet another possibility:

[TRANSLATION]

Q. You said earlier — if I remember correctly — that you've already spent Succot with friends at their homes?

A. Yes.

. . .

A. But if you're travelling or visiting someone, or a cousin or son invites you to spend the holiday in his home, well, if he has a *succah*, that's great. But it isn't an obligation. You make accommodations to be together. It's the *mitzvah*, the commandment is fulfilled, but it's by chance. Normally, you want to spend Succot at your own home. [Underlining added.]

souccah chez eux, parce qu'ils n'ont pas l'espace, ils habitent dans un appartement où il n'y a pas un balcon. Si la personne est religieuse, elle a un balcon, le ciel en haut et l'espace, elle fait la *souccah*. [Je souligne.]

Il a ensuite affirmé que sa religion lui permet de recourir à d'autres solutions :

R. Si je n'ai pas la possibilité de le faire chez moi, si je n'ai pas l'espace physique de le faire chez moi?

Q. Oui.

R. Bon. À ce moment-là je trouve des solutions de rechange, je vais à la synagogue. [Je souligne.]

Outre l'utilisation d'une *souccah* dans une synagogue, M. Amselem a indiqué qu'il est également permis d'aller chez des parents et de partager leur *souccah* :

Q. ... Est-ce qu'en allant chez votre fils vous rencontrez les préceptes de la Loi juive, les commandements?

R. Oui.

Q. Oui?

R. Absolument.

Aller chez les amis est une autre possibilité :

Q. Vous avez indiqué antérieurement que vous avez — si je me souviens bien — déjà passé des fêtes de soukot avec des amis chez eux?

R. Oui.

. . .

R. Mais, si vous êtes en voyage ou vous êtes en visite ou un cousin ou un fils vous invite à passer la fête chez lui, bien s'il a *soukka*, bien c'est très bien. Mais ce n'est pas une obligation. On accommode pour être ensemble. C'est la *misva*, le commandement se fait, mais c'est accidentel. Généralement, on veut passer la fête de soukot chez soi, à la maison. [Je souligne.]

This language (you want) shows the “precept” is permissive not mandatory, a fact which he subsequently confirms:

[TRANSLATION]

A. No, I’ll go to my children’s home, to the synagogue, or I have friends, or I’ll go to Miami, to the home of my brother, who’s a rabbi.

Q. You could go to the homes of friends or family?

A. My family, my children.

Q. Or to the synagogue?

A. Or to the synagogue. . . .

The appellants called as their expert Rabbi Moïse Ohana, who testified on their behalf that the faithful are exempted from celebrating Succot if such celebration causes [TRANSLATION] “serious discomfort”:

[TRANSLATION] In practice, though, if eating meals in a *succah* leads to genuine drudgery, day after day after day, we then start to come under a provision of the law according to which if the *succah* is a source of serious discomfort, you are *ipso facto* released from the obligation to stay there.

There was thus ample evidence before the trial judge that Mr. Amselem and the other appellants could have had recourse to a communal *succah*, whether at the synagogue, in the communal garden with friends, or elsewhere. If a *succah* is unavailable, or if use of it involves “serious discomfort” (“*inconfort sérieux*”), the faithful are to that extent “released” of their religious obligation (“*libéré de l’obligation*”). These conclusions are not the subject of controversy but flow directly from the evidence of Mr. Amselem and his own expert and they are borne out by the historical practice of the other appellants.

With all due respect for the contrary view, I do not believe it is necessary for the respondent to show that the appellants “waived” their freedom of religion by accepting the rules of the immovable. The issue is much narrower. There is no “general” waiver involved. The dispute is limited to the erection of a personal *succah*, a practice accepted as obligatory by some but not all members of the Jewish faith,

Les mots utilisés (on veut) montrent que le « précepte » a un caractère facultatif et non pas impératif, fait que confirme M. Amselem plus loin :

R. Non, j’irai chez mes enfants, à la synagogue, où j’ai des amis ou je partirai à Miami, chez mon frère qui est rabbin.

Q. Vous pourriez aller soit chez des amis, soit chez votre famille?

R. Ma famille, mes enfants.

Q. Ou à la synagogue?

R. Ou à la synagogue. . . .

Le rabbin Ohana, témoin expert des appelants, a affirmé en leur nom que les fidèles peuvent être dispensés de la célébration du Souccoth lorsque le faire serait source d’« inconfort sérieux » :

Dans la pratique néanmoins, si prendre ses repas dans la *succah* est source d’une véritable corvée, jour après jour après jour, nous commençons alors à toucher à une provision de la loi qui stipule que si la *succah* est source d’inconfort sérieux, on se trouve *ipso facto* libéré de l’obligation d’y demeurer.

Il y avait donc amplement de preuve au dossier établissant que M. Amselem et les autres appelants auraient pu utiliser une souccah commune, que ce soit à la synagogue, dans les jardins de l’immeuble, chez des amis ou ailleurs. S’il est impossible d’avoir accès à une souccah ou si l’utilisation de la souccah est source d’« inconfort sérieux », les fidèles sont en conséquence « libérés » de leur obligation religieuse. Ces conclusions ne sont pas controversées, mais elles découlent directement des témoignages de M. Amselem et de son propre expert, en plus d’être étayées par la pratique antérieure des autres appelants.

En toute déférence pour l’opinion contraire, je ne crois pas qu’il soit nécessaire pour l’intimé de démontrer que les appelants ont « renoncé » à leur liberté de religion lorsqu’ils ont accepté les règles de l’immeuble. La question en litige est beaucoup plus étroite. Il n’est pas question d’une renonciation « générale ». Le différend ne porte que sur l’installation d’une souccah personnelle, pratique

204

205

206

and even in the case of Mr. Amselem is not obligatory where a personal succah is not available. The co-owners were entitled to conclude that when the appellants accepted the declaration of co-ownership they were indicating that the practice of their religion permitted them to live within the existing rules. Accordingly, rather than elevate the issue to one of waiver of “freedom of religion”, which would overdramatize the situation, it seems to me the issue is more modestly and accurately framed as whether the appellants in *this* case can reasonably insist on a *personal* succah in all the circumstances, including their contract not to construct a personal dwelling, even a temporary dwelling, on the commonly owned balconies of the immovable.

considérée comme obligatoire par certains membres de la foi juive mais pas par tous, et que M. Amselem lui-même n’estime pas obligatoire lorsqu’il est impossible d’avoir accès à une souccah personnelle. Les copropriétaires étaient fondés à conclure que, lorsque les appelants avaient accepté la déclaration de copropriété, ils indiquaient que la pratique de leur religion ne les empêchait pas de vivre selon les règles existantes. En conséquence, au lieu de qualifier le problème de renonciation à la « liberté de religion », geste qui dramatiserait exagérément la situation, il me semble que l’on peut dire, plus modestement et plus justement, que la question consiste à se demander si *en l’espèce* les appelants peuvent raisonnablement insister pour aménager une souccah *personnelle*, eu égard à l’ensemble des circonstances, notamment l’engagement qu’ils ont pris, par contrat, de ne pas construire d’abri personnel, même temporaire, sur les balcons communs de l’immeuble.

207

The issue here is not a simple balance of advantages and disadvantages, i.e., whether in the Court’s view the appellants would be more disadvantaged by the denial of construction of their personal succah than would be the co-owners by having a number of succahs constructed on the exterior of their building. Thus I cannot accept as dispositive the test offered by my colleague, Iacobucci J. (at para. 84), namely that in his view

Il ne s’agit pas simplement en l’espèce de sou-peser les avantages et les désavantages, c’est-à-dire de se demander si, de l’avis de la Cour, le fait d’interdire aux appelants de construire une souccah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subiraient les copropriétaires si un certain nombre de souccahs étaient construites sur les balcons de l’immeuble. Par conséquent, je ne considère pas déterminant le critère proposé par mon collègue le juge Iacobucci, au par. 84, à savoir qu’à son avis

the alleged intrusions or deleterious effects on the respondent’s rights or interests under the circumstances are, at best, minimal and thus cannot be reasonably considered as imposing valid limits on the exercise of the appellants’ religious freedom.

les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l’intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d’imposer des limites valides à l’exercice par les appelants de leur liberté de religion.

With respect, such an approach goes too far in relieving private citizens of the responsibility for ordering their own affairs under contracts which they choose to enter into and upon which other people rely. Section 9.1 of the Quebec *Charter* imposes a more nuanced approach. Each side to this appeal insists on a legal entitlement, and the onus was on the appellants to make their case. I believe s. 9.1 required reasonable persons in the

En toute déférence, une telle approche a pour effet de libérer trop facilement les citoyens des obligations auxquelles ils s’engagent dans des contrats que d’autres personnes s’attendent qu’ils respectent. L’article 9.1 de la *Charte* québécoise impose une démarche plus nuancée. Chaque partie au présent pourvoi plaide avec insistance qu’elle a le droit de faire ce qu’elle veut faire, et le fardeau de preuve incombait aux appelants. J’estime que l’art. 9.1

situation of the appellants to have regard to the facts that:

1. There is no state action involved here.
2. There is a set of rules governing the immovable voluntarily agreed to by the parties, including the appellants. The prohibition in s. 2.6.3 is plain and obvious.
3. The vendors did what they could to ensure that these rules were read by the appellants in advance of their purchase.
4. Reasonable people, when making a major purchase such as a residential unit, are expected to read the terms of the agreement before they sign, including the declaration of co-ownership that will govern their communal life.
5. Given the importance the appellants attached to constructing a dwelling on a communally owned balcony, the respondent co-owners could reasonably have expected the appellants to have satisfied this concern before they purchased.
6. Purchasers who do not take the trouble to read the rules should not enjoy greater rights under the contract than the diligent and conscientious purchasers who do.
7. This particular immovable was only one of several potential immovables in which the appellants could have chosen to invest.
8. The balconies were designated as commonly owned property, although set aside for the use of the co-owner.
9. The rules prohibited construction of a dwelling on the balconies of the building at the time the appellants made their investment (although the duration of the succah was only nine days a year).

commandait que des personnes raisonnables, placées dans la situation des appelants, prennent en considération les faits suivants :

1. Aucune mesure étatique n'est en cause.
2. L'immeuble est régi par un ensemble de règles auxquelles les parties, y compris les appelants, ont volontairement adhéré. L'interdiction prévue à l'art. 2.6.3 est claire et nette.
3. Les vendeurs ont fait ce qu'ils pouvaient pour faire en sorte que les appelants lisent les règles avant l'achat.
4. Il est permis de s'attendre à ce que des personnes raisonnables effectuant un achat important, tel l'achat d'un appartement, lisent les conditions du contrat avant de le signer, y compris la déclaration de copropriété, qui régira leur vie collective.
5. Vu l'importance que les appelants accordent à la construction d'un abri sur un balcon commun, les copropriétaires intimés pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les appelants vident cette question avant d'acheter.
6. Des acheteurs qui ne se sont pas donné la peine de lire les règles ne devraient pas bénéficier, en vertu du contrat, de droits plus étendus que les acheteurs diligents et consciencieux qui les ont lues.
7. L'immeuble visé en l'espèce n'était que l'un des nombreux immeubles dans lesquels les appelants auraient pu acheter un appartement.
8. Les balcons sont désignés comme des parties communes, bien que leur usage soit dans chaque cas réservé au résident de l'appartement attenant.
9. Au moment où les appelants ont acheté, les règles interdisaient de construire un abri sur les balcons de l'immeuble (même si les souccahs ne sont installées que pendant une période de neuf jours par année).

- | | |
|--|---|
| <p>10. The co-owners had offered the alternative of a communal succah in the garden.</p> <p>11. A succah in the garden had some disadvantages compared with a succah on the balcony for some of the appellants, but the disadvantages seemed to be physical (e.g., Mr. Amselem objected to going up and down several flights of stairs), rather than spiritual.</p> <p>12. Mr. Amselem's <u>religious</u> beliefs did not, according to his own testimony, preclude recourse to a communal succah where a personal succah was not available.</p> | <p>10. Les copropriétaires avaient proposé aux appelants l'installation d'une souccah commune dans les jardins.</p> <p>11. L'installation des souccahs dans les jardins présentait pour quelques appelants certains désavantages, comparativement à une souccah sur les balcons, mais ces désavantages étaient davantage d'ordre physique (M. Amselem par exemple s'opposait à l'idée de devoir monter et descendre plusieurs volées de marches) que spirituel.</p> <p>12. Les convictions <u>religieuses</u> de M. Amselem ne l'empêchaient pas, selon son propre témoignage, d'utiliser une souccah commune lorsqu'il ne pouvait pas disposer de sa propre souccah.</p> |
|--|---|

208

I conclude that in all the circumstances, and especially having regard to the pre-existing rules of the immovable accepted by the appellants as part of the purchase of their units, and their own evidence of use of a communal succah when a personal succah is not available, the appellants have not demonstrated that their insistence on a personal succah and their rejection of the accommodation of a group succah show proper regard for the legal rights of others within the protection of s. 9.1.

Je conclus que, eu égard à toutes les circonstances — particulièrement les règles de l'immeuble qui existaient et qui ont été acceptées par les appelants lors de l'achat de leur appartement respectif, ainsi que leur propre témoignage indiquant qu'une souccah commune est utilisée lorsqu'il est impossible de disposer de sa propre souccah —, les appelants n'ont pas démontré que leur insistance à pouvoir disposer d'une souccah personnelle et leur rejet de la proposition d'installation d'une souccah commune en guise de mesure d'accommodement respectent suffisamment les droits d'autrui protégés par l'art. 9.1.

209

I note again the fact-specific nature of this case. If the rules of the immovable had permitted the construction of a succah at the time the appellants purchased, and a majority of the co-owners had afterwards sought to impose a ban on their construction at a later date, a different issue would arise. The point in this case is that the appellants themselves were in the best position to determine their religious requirements and must be taken to have done so when entering into the co-ownership agreement in the first place. They cannot afterwards *reasonably* insist on their preferred solution at the expense of the countervailing rights of their co-owners.

Je souligne à nouveau que la présente affaire est particulièrement tributaire des faits qui lui sont propres. Si les règles de l'immeuble avaient permis la construction d'une souccah au moment où les appelants ont acheté leur appartement, et si une majorité des copropriétaires avaient voulu ultérieurement en interdire la construction, la question serait différente. Le fait est que, en l'espèce, les appelants eux-mêmes étaient les mieux placés pour déterminer leurs obligations religieuses et il faut supposer qu'ils l'ont fait lorsqu'ils ont conclu la convention de copropriété. Les appelants ne sauraient *raisonnablement* insister par la suite pour que la solution qu'ils privilégient soit retenue au détriment des droits opposés des autres copropriétaires.

II. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Moïse Amsalem, Gladys Bouhadana, Antal Klein and Gabriel Fonfeder: Grey Casgrain, Montréal.

Solicitor for the appellant the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: Steven G. Slimovitch, Montréal.

Solicitors for the respondent: de Grandpré Joli-Coeur, Montréal.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Seventh-day Adventist Church in Canada: Chipeur Advocates, Calgary.

Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Peterson Stark Scott, Surrey.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

II. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs des appelants Moïse Amsalem, Gladys Bouhadana, Antal Klein et Gabriel Fonfeder : Grey Casgrain, Montréal.

Procureur de l'appelante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada : Steven G. Slimovitch, Montréal.

Procureurs de l'intimé : de Grandpré Joli-Coeur, Montréal.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Église adventiste du septième jour au Canada : Chipeur Advocates, Calgary.

Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Peterson Stark Scott, Surrey.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine, Roberto Biagioni and Denis Léveillé *Appellants*

v.

Municipality of the village of Lafontaine, Harold Larente and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Seventh-Day Adventist Church in Canada, Evangelical Fellowship of Canada and Canadian Civil Liberties Association *Intervenors*

INDEXED AS: CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE v. LAFONTAINE (VILLAGE)

Neutral citation: 2004 SCC 48.

File No.: 29507.

2004: January 19; 2004: June 30.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Procedural fairness — Refusal by municipality to amend zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased — Whether municipality required to provide reasons for its decision.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Whether municipality's decision not to amend its zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased infringes freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

The Jehovah's Witnesses were looking for a suitable parcel of land on which to establish a place of worship in the respondent municipality. The zoning by-law allowed places of worship to be built in a regional community use zone. As they felt that no land was available in this zone,

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine, Roberto Biagioni et Denis Léveillé *Appelants*

c.

Municipalité du village de Lafontaine, Harold Larente et procureur général du Québec *Intimés*

et

Église adventiste du septième jour au Canada, Alliance évangélique du Canada et Association canadienne des libertés civiles *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE c. LAFONTAINE (VILLAGE)

Référence neutre : 2004 CSC 48.

N° du greffe : 29507.

2004 : 19 janvier; 2004 : 30 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Équité procédurale — Refus d'une municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté — La municipalité a-t-elle l'obligation de motiver sa décision?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté viole-t-il la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

Les témoins de Jéhovah tentent de trouver un terrain approprié à l'établissement de leur lieu de culte sur le territoire de la municipalité intimée. Le règlement de zonage permet l'établissement des lieux de culte dans la zone communautaire régionale. Parce qu'ils estiment

the Jehovah's Witnesses made a conditional offer to purchase a lot located in a residential zone and applied for an amendment to the zoning by-law. The amendment was refused on the ground that this would have resulted in an increase in the tax burden for ratepayers. The Jehovah's Witnesses purchased another lot in a commercial use zone and applied twice for a zoning change, but the municipality categorically refused to grant their applications, giving no reasons for its refusal. The Jehovah's Witnesses instituted a proceeding for mandamus, alleging that the municipality's refusal to amend its zoning by-law violated their freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They also challenged the constitutionality of the provisions of the *Act respecting land use planning and development* relating to the process for approving amendments to zoning by-laws by way of referendum, contending that such a public consultation would violate their freedom of religion. The trial judge dismissed the application after finding that lots were still available in the only zone in which places of worship could be built. The Court of Appeal set aside this finding of fact, but the majority dismissed the appeal on the ground that the municipality was not responsible for the unavailability of land and was under no positive obligation to preserve freedom of religion.

Held (Major, Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and Fish JJ.: In weighing the merits of the Congregation's rezoning requests, the Municipality was discharging a duty delegated to it by the Legislature. The Municipality was bound to exercise the powers conferred upon it fairly, in good faith and with a view to the public interest. The Municipality did not fulfill its duty of procedural fairness in responding to the second and third rezoning applications brought by the Congregation because the Municipality gave no reasons for its denial.

When making an administrative decision affecting individual rights, privileges or interests, a public body like a municipality is bound by a duty of procedural fairness whose content varies according to five factors. In this case, a review of these factors indicates that the Municipality's duty of procedural fairness to the Congregation was heightened by the aggravated potential for abuse of discretionary statutory authority, the absence of an appeal provision, the expectations established by the Municipality's own conduct in responding to the Congregation's first rezoning application, and the importance of the decision to the Congregation, impacting as it did on the right of the Congregation to practice

qu'aucun terrain n'est disponible dans cette zone, les témoins de Jéhovah font une offre conditionnelle pour l'achat d'un terrain situé dans une zone résidentielle et demandent un changement de zonage, qui leur est refusé en raison de l'augmentation du fardeau fiscal qui en résulterait pour les contribuables. Ils acquièrent un autre terrain dans une zone commerciale et demandent à deux reprises un changement de zonage, mais la municipalité leur oppose un refus catégorique, non motivé. Les témoins de Jéhovah entreprennent alors une procédure judiciaire en *mandamus*, alléguant que le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage est contraire à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils contestent aussi la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* relatives à la procédure d'approbation référendaire d'une modification à un règlement de zonage, en soutenant qu'un tel vote populaire est contraire à la liberté de religion. Le juge de première instance rejette la demande après avoir conclu que des terrains restent disponibles dans la seule zone où les lieux de culte peuvent être construits. La Cour d'appel infirme cette constatation de fait, mais les juges majoritaires rejettent l'appel parce que l'absence de terrain n'est pas imputable à la municipalité et que celle-ci n'a aucune obligation positive de préserver la liberté de religion.

Arrêt (les juges Major, Bastarache, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et Fish : En appréciant le bien-fondé des demandes de modification de zonage présentées par la Congrégation, la municipalité s'acquittait d'une fonction que lui avait déléguée le législateur. Elle était tenue d'exercer ces pouvoirs équitablement, de bonne foi et en tenant compte de l'intérêt public. La municipalité n'a pas respecté son obligation d'équité procédurale en répondant aux deuxième et troisième demandes de modification de zonage présentées par la Congrégation, parce qu'elle n'a pas motivé son refus.

Lorsqu'un organisme public rend une décision administrative qui touche les droits, privilèges ou biens d'une personne, il est tenu à une obligation d'équité procédurale dont le contenu varie en fonction de cinq facteurs. En l'espèce, l'application de ces facteurs indique que l'obligation d'équité procédurale de la municipalité envers la Congrégation était accrue en raison du risque élevé d'abus que comporte l'exercice d'un pouvoir légal discrétionnaire, de l'absence de disposition prévoyant un droit d'appel, des attentes créées par la conduite de la municipalité même lorsqu'elle a répondu à la première demande de modification de zonage présentée par la Congrégation et de l'importance de la décision pour la

the religion of its choice. Little deference is due to the Municipality's decisions concerning the second and third applications for rezoning because there is no record to indicate that the Municipality has actually engaged its expertise in evaluating the applications. These factors suggest that the Municipality was required to carefully evaluate the Congregation's applications for a zoning variance and to give reasons for refusing them.

In refusing to justify its decisions, the Municipality breached its duty of procedural fairness. It acted in a manner that was arbitrary and straddled the boundary separating good from bad faith. The matter should be remitted to the Municipality for reconsideration of the Congregation's rezoning application.

Per Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): In the absence of a palpable and overriding error, the Court of Appeal could not review the trial judge's finding of fact regarding the availability of a lot. This finding, which was based on an assessment of witnesses' credibility, should be restored and it justifies dismissing the Jehovah's Witnesses' application, since it precludes a conclusion that their freedom of religion was infringed.

Neither the purpose nor the effect of the zoning by-law has been to infringe the freedom of religion of the Jehovah's Witnesses. First, the zoning by-law cannot be considered prohibitive since it does not prohibit the "place of worship" use everywhere within the municipality's boundaries. Second, freedom of religion is a fundamental right that imposes on the state and public authorities, in relation to all religions and citizens, a duty of religious neutrality. For that reason, the municipality is required to structure its by-laws in such a way as to avoid placing unnecessary obstacles in the way of the exercise of religious freedoms, although it does not have to provide the Jehovah's Witnesses with access to a lot that corresponds better to their selection criteria. Furthermore, the rights protected by s. 2(a) of the *Charter* are not absolute. First, freedom of religion is limited by the rights and freedoms of others. The diversity of opinions and convictions requires mutual tolerance and respect for others. Second, although the very nature of the zoning by-law means that the Jehovah's Witnesses do not have absolute freedom to choose the location of their place of worship, this limit is necessary to protect safety and order, and ensure proper land use, in the municipality and does not constitute a violation of freedom of religion. Finally, churches and their members are not exempted from making any effort, or even sacrifice, *inter alia* in the exercise of their freedom of worship. Since at least one

Congrégation, compte tenu de son effet sur le droit de la Congrégation de pratiquer la religion de son choix. Le respect que méritent les décisions de la municipalité ne joue guère dans le cas de la deuxième et de la troisième demande de modification de zonage, car aucun document n'indique que la municipalité a effectivement utilisé son expertise pour étudier les demandes. Ces facteurs indiquent que la municipalité devait examiner soigneusement les demandes de dérogation présentées par la Congrégation et motiver ses refus.

En refusant de justifier ses décisions, la municipalité a manqué à son obligation d'équité procédurale. Elle a agi de manière arbitraire, à la limite de la mauvaise foi. L'affaire doit être renvoyée à la municipalité pour qu'elle réexamine la demande de modification de zonage présentée par la Congrégation.

Les juges Bastarache, LeBel et Deschamps (dissentants): En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel ne pouvait réviser la constatation de fait du juge de première instance relative à la disponibilité d'un terrain. Cette constatation, fondée sur l'appréciation de la crédibilité des témoins, doit être rétablie et justifie le rejet de la demande des témoins de Jéhovah, puisqu'elle interdit toute conclusion d'atteinte à leur liberté de religion.

Ni le règlement de zonage ni son application n'ont pour but ou pour effet de porter atteinte à la liberté de religion des témoins de Jéhovah. D'abord, le règlement de zonage ne peut être considéré comme prohibitif, car il n'interdit pas l'usage « édifices de culte » sur l'ensemble du territoire de la municipalité. Ensuite, la liberté de religion est un droit fondamental qui impose à l'État et aux pouvoirs publics une obligation de neutralité religieuse envers l'ensemble des religions et des citoyens. Ainsi, la municipalité doit aménager sa réglementation afin d'éviter d'imposer des obstacles inutiles à l'exercice des libertés religieuses, mais elle n'a pas à assurer aux témoins de Jéhovah l'accès à un terrain qui correspond davantage à leurs critères de sélection. Par ailleurs, les droits protégés par l'al. 2a) de la *Charte* ne sont pas absolus. D'abord, la liberté de religion est limitée par les droits et libertés des autres. La diversité des opinions et des convictions exige la tolérance mutuelle et le respect d'autrui. Ensuite, bien que le règlement de zonage par sa nature même ne laisse pas aux témoins de Jéhovah une liberté absolue de choisir l'emplacement de leur lieu de culte, cette limite est nécessaire à la préservation de la sécurité et de l'ordre au sein de la municipalité et au bon usage de son territoire et ne constitue pas une violation de la liberté de religion. Enfin, les Églises et leurs membres ne sont pas dispensés de tout effort, voire de tout sacrifice, notamment pour l'exercice de la liberté de culte. Comme au moins un terrain reste

lot remains available in the regional community use zone, the Jehovah's Witnesses must comply with the municipality's zoning by-law and build their place of worship in the zone where this use is authorized.

If no land were available in the regional community use zone, this would constitute an infringement of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*, because the construction of a place of worship, which is an integral part of this freedom, would then be impossible within the boundaries of the municipality. This infringement would result not from the existence of the zoning by-law, but from the refusal to adapt it to evolving community needs. Even though, as a general rule, the *Charter* does not require the state to take positive steps in support of the exercise of the fundamental freedoms provided for in s. 2(a), and even though the state must refrain from implementing measures that could favour one religion over another, this would be an exceptional situation in which freedom of religion could have no real meaning unless the public authorities took positive action. The municipality would therefore have to amend the by-law.

If there had been a violation of the *Charter*, the only possible remedy that would have been appropriate was an order to the municipality to review its zoning by-law so as to make land available to the appellants on which they could build their place of worship. It would not have been appropriate to suspend the operation of the *Act respecting land use planning and development* and its process for approval by way of referendum, as it cannot be assumed that this democratic process, which is consistent with the nature of municipal government in Canada, in any way infringes the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*.

Concerning the administrative law issue, a more precise and rigorous justification for the municipality's repeated refusals to amend its zoning by-law would not only have given the Jehovah's Witnesses a better understanding of the municipality's decision, it also would have given its decision-making process the required transparency and the appearance of procedural fairness.

Per Major J. (dissenting): There is agreement with the result in the judgment of LeBel J., but reasons restricted to his conclusions on the findings of fact of the trial judge and the absence of any infringement to freedom of religion.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Martineau v.*

disponible dans la zone communautaire régionale, les témoins de Jéhovah doivent se conformer au règlement de zonage de la municipalité et construire leur lieu de culte dans la zone où cet usage est autorisé.

Dans l'hypothèse où aucun terrain ne serait disponible dans la zone communautaire régionale, il y aurait atteinte à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*, car la construction d'un lieu de culte, qui fait partie intégrante de cette liberté, serait impossible sur le territoire de la municipalité. Cette atteinte résulterait non pas de l'existence du règlement de zonage, mais plutôt du refus de l'adapter à l'évolution des besoins collectifs. Bien que, en règle générale, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour assurer l'exercice des libertés fondamentales garanties à l'al. 2a), et que l'État doive même s'abstenir de prendre une mesure qui pourrait favoriser une religion au détriment de l'autre, il s'agirait en l'espèce d'une situation exceptionnelle où la liberté de religion ne pourrait avoir une signification réelle sans une intervention positive des pouvoirs publics. La municipalité devrait donc modifier le règlement.

S'il y avait eu violation de la *Charte*, seul aurait été possible et approprié un ordre à la municipalité de procéder au réexamen de son règlement de zonage afin de rendre accessibles aux appelants des terrains où la construction de leur lieu de culte aurait été réalisable. De plus, il n'y aurait pas eu lieu d'écarter l'application de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* et la procédure d'approbation référendaire qu'elle comporte, car on ne saurait présumer que cette procédure démocratique, conforme à la nature des régimes municipaux au Canada, porte d'une quelconque manière atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

Sur le plan du droit administratif, une motivation plus précise et plus rigoureuse des refus répétés de la municipalité de modifier son règlement de zonage aurait non seulement permis aux témoins de Jéhovah de mieux comprendre sa décision, mais également permis la nécessaire transparence et l'apparence d'équité de son processus décisionnel.

Le juge Major (dissent) : Il y a accord avec le juge LeBel quant à l'issue du pourvoi, mais motifs limités à ses conclusions sur les constatations de fait du juge de première instance et sur l'absence d'atteinte à la liberté de religion.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*,

Matsqui Institution Disciplinary Board, [1980] 1 S.C.R. 602; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Toronto (City) v. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto*, [1926] A.C. 81; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *Norfolk v. Roberts* (1914), 50 S.C.R. 283; *In re Glover and Sam Kee* (1914), 20 B.C.R. 219; *Re Howard and City of Toronto*, [1928] 1 D.L.R. 952; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By LeBel J. (dissenting)

Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc., [1992] R.J.Q. 875; *Orford (Canton) v. Fonds de placement Hamel inc.*, [1995] Q.J. No. 2260 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, ss. 2, 3, 5, 8.
Act respecting land use planning and development, R.S.Q., c. A-19.1, ss. 113(3), 123 to 133.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 3.
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 410.
Constitution Act, 1867, s. 93.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

[1980] 2 R.C.S. 735; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Toronto (City) c. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto*, [1926] A.C. 81; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *Norfolk c. Roberts* (1914), 50 R.C.S. 283; *In re Glover and Sam Kee* (1914), 20 B.C.R. 219; *Re Howard and City of Toronto*, [1928] 1 D.L.R. 952; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (QL); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc., [1992] R.J.Q. 875; *Orford (Canton) c. Fonds de placement Hamel inc.*, [1995] A.Q. n° 2260 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.
Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., ch. A-19.1, art. 113(3), 123 à 133.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.
Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 2, 3, 5, 8.
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410.

Zoning By-Law No. 362 for village de Lafontaine, adopted April 2, 1991 (came into force on May 18, 1991), ss. 2.2.1, 2.2.3.2, 2.2.3.3, 2.2.5.3.

Authors Cited

L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984.

Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.

Woehrling, José. "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 3015, [2002] Q.J. No. 4728 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 99-333. Appeal allowed, Major, Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

André Carbonneau and David M. Gnam, for the appellants.

Michel Lalande and Jean-Pierre St-Amour, for the respondents the Municipality of the village of Lafontaine and Harold Larente.

Mario Normandin, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Gerald D. Chipeur and Ivan Bernardo, for the interveners the Seventh-Day Adventist Church in Canada and the Evangelical Fellowship of Canada.

Andrew K. Lokan and Megan Shortreed, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and Fish JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Summary

The issue in this case is whether the municipality of the village of Lafontaine (the "Municipality") lawfully denied an application for rezoning to permit the Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine (the "Congregation") to build a place of worship. Unlike my colleague

Règlement de zonage n° 362 du village de Lafontaine, adopté le 2 avril 1991 (entré en vigueur le 18 mai 1991), art. 2.2.1, 2.2.3.2, 2.2.3.3, 2.2.5.3.

Doctrine citée

L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Montréal : Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984.

Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2003.

Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 3015, [2002] A.Q. n° 4728 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 99-333. Pourvoi accueilli, les juges Major, Bastarache, LeBel et Deschamps sont dissidents.

André Carbonneau et David M. Gnam, pour les appelants.

Michel Lalande et Jean-Pierre St-Amour, pour les intimés la municipalité du village de Lafontaine et Harold Larente.

Mario Normandin, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Gerald D. Chipeur et Ivan Bernardo, pour les intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Alliance évangélique du Canada.

Andrew K. Lokan et Megan Shortreed, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et Fish rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Résumé

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la municipalité du village de Lafontaine (la « municipalité ») a agi légalement en rejetant une demande de modification de zonage visant à permettre à la Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine (la « Congrégation ») de construire un lieu de culte.

Justice LeBel, I conclude the Municipality did not. Although the Municipality's first denial of permission to rezone complied with the law, the second and third did not, in my view, because the Municipality gave no reasons for its denial, instead taking the position that it enjoyed absolute discretion to refuse the zoning variance with no explanation to the Congregation.

Contrairement à mon collègue, le juge LeBel, je conclus que la municipalité a agi illégalement. Bien que le premier refus de la municipalité de modifier le zonage ait été conforme à la loi, j'estime que les deuxième et troisième refus ne l'étaient pas parce que la municipalité n'a pas motivé ses décisions, considérant plutôt qu'elle jouissait du pouvoir discrétionnaire absolu de refuser la dérogation sans fournir d'explication à la Congrégation.

2 In weighing the merits of the Congregation's rezoning requests, the Municipality was discharging a duty delegated to it by the Legislature. It was bound to exercise the powers conferred upon it fairly, in good faith and with a view to the public interest. Here, on the facts as found by the trial judge, the Municipality failed to do so. Accordingly, I would remit the matter to the Municipality for reconsideration.

En appréciant le bien-fondé des demandes de modification de zonage présentées par la Congrégation, la municipalité s'acquittait d'une fonction que lui avait déléguée le législateur. Elle était tenue d'exercer ces pouvoirs équitablement, de bonne foi et en tenant compte de l'intérêt public. En l'espèce, au vu des faits constatés par le juge de première instance, elle a failli à cette obligation. Par conséquent, je serais d'avis de renvoyer l'affaire à la municipalité pour réexamen.

II. The Duty on the Municipality

II. L'obligation de la municipalité

3 A public body like a municipality is bound by a duty of procedural fairness when it makes an administrative decision affecting individual rights, privileges or interests: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. The decision to deny the application for rezoning affected the Congregation's rights and interests. There can thus be no question that the Municipality owed the Congregation a duty of fairness.

Un organisme public comme une municipalité est tenu à une obligation d'équité procédurale lorsqu'il rend une décision administrative qui touche les droits, privilèges ou biens d'une personne : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. La décision de refuser la demande de modification de zonage a touché les droits de la Congrégation. Il ne fait donc aucun doute que la municipalité avait une obligation d'équité envers la Congrégation.

4 At issue in this case is the content of this duty. More particularly and on the facts as found, does the duty require the Municipality to give the Congregation reasons for refusing the rezoning application? Or does it clothe the Municipality with absolute discretion to refuse the Congregation's application?

Le présent pourvoi porte sur le contenu de cette obligation. Plus particulièrement, et au vu des faits constatés, la municipalité était-elle tenue de fournir à la Congrégation les motifs sur lesquels se fondait son refus de modifier le zonage? La municipalité avait-elle plutôt le pouvoir discrétionnaire absolu de rejeter la demande de la Congrégation?

5 The content of the duty of fairness on a public body varies according to five factors: (1) the nature

Le contenu de l'obligation d'équité qui incombe à un organisme public varie en fonction de cinq

of the decision and the decision-making process employed by the public organ; (2) the nature of the statutory scheme and the precise statutory provisions pursuant to which the public body operates; (3) the importance of the decision to the individuals affected; (4) the legitimate expectations of the party challenging the decision; and (5) the nature of the deference accorded to the body: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In my view and having regard to the facts and legislation in this appeal, these considerations require the Municipality to articulate reasons for refusing the Congregation's second and third rezoning applications.

The first factor — the nature of the decision and the process by which it is reached — merges administrative and political concerns. The decision to propose a draft by-law rezoning municipal territory is made by an elected council accountable to its constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to their own: *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 51. This decision is moreover tempered by the municipality's charge to act in the public interest: *Toronto (City) v. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto*, [1926] A.C. 81 (P.C.), at p. 86. What is in the public interest is a matter of discretion to be determined solely by the municipality. Provided the municipality acts honestly and within the limits of its statutory powers, the reviewing court is not to interfere with the municipal decision unless "good and sufficient reason be established": *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, at p. 243 (*per* Estey J.); see also *Norfolk v. Roberts* (1914), 50 S.C.R. 283, at p. 293; *In re Glover and Sam Kee* (1914), 20 B.C.R. 219 (S.C.), at pp. 221-22; *Re Howard and City of Toronto*, [1928] 1 D.L.R. 952 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 965.

However, the elected councillors cannot deny a rezoning application in an arbitrary manner. Where

facteurs : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi par l'organisme public pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les dispositions législatives précises en vertu desquelles agit l'organisme public; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la partie qui conteste la décision; et (5) la nature du respect dû à l'organisme : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Je suis d'avis, après avoir examiné les faits et les dispositions législatives en jeu dans le présent pourvoi, que ces facteurs imposent à la municipalité l'obligation d'exprimer les motifs de son refus d'acquiescer à la deuxième et à la troisième demande de modification de zonage présentées par la Congrégation.

Le premier facteur — la nature de la décision et le processus suivi pour y parvenir — réunit des préoccupations de nature administrative et politique. La décision de proposer un projet de règlement visant à modifier le zonage du territoire municipal est prise par un conseil élu qui doit rendre compte aux citoyens de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 51. La latitude dont jouit la municipalité dans l'exercice de son pouvoir décisionnel est par ailleurs limitée par son obligation d'agir dans l'intérêt public : *Toronto (City) v. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto*, [1926] A.C. 81 (C.P.), p. 86. Ce qui relève de l'intérêt public est une question discrétionnaire que seule la municipalité peut trancher. Pourvu que la municipalité agisse honnêtement et dans les limites des pouvoirs que la loi lui confère, la cour siégeant en révision ne doit pas modifier sa décision à moins que [TRADUCTION] « l'on ait établi l'existence de motifs valables et suffisants de le faire » : *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, p. 243 (le juge Estey); voir aussi *Norfolk c. Roberts* (1914), 50 R.C.S. 283, p. 293; *In re Glover and Sam Kee* (1914), 20 B.C.R. 219 (C.S.), p. 221-222; *Re Howard and City of Toronto*, [1928] 1 D.L.R. 952 (C.S. Ont., Div. app.), p. 965.

Toutefois, les conseillers élus ne peuvent refuser de manière arbitraire d'acquiescer à une demande

the municipal council acts in an arbitrary fashion in the discharge of its public function, “good and sufficient reason” exists to warrant intervention from the reviewing court in order to remedy the proven misconduct. The need for judicial oversight of arbitrary municipal decision making is only heightened by the aggravated potential for abuse of discretionary statutory authority. As Rand J. has made clear in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, no discretion casts a net wide enough to shield an arbitrary or capricious municipal decision from judicial review:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled “discretion”, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute.

8

The second factor is the statutory scheme and its provisions, in this case the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, which grants the Municipality authority to consider a rezoning application. Even so, the absence of an appeal provision demands greater municipal solicitude for fairness. Enhanced procedural protections “will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted”: *Baker, supra*, at para. 24, per L’Heureux-Dubé J.

9

The third factor requires us to consider the importance of the decision to the Congregation. The stringency of procedural protection is directly proportional to the importance of the decision to the lives of those affected and the nature of its impact on them: *Baker, supra*, at para. 25; see also *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113. Here, it becomes important that the municipal decision

de modification de zonage. Lorsque le conseil municipal agit arbitrairement dans l’exercice de ses fonctions publiques, il existe des « motifs valables et suffisants » justifiant que la cour de révision intervienne pour remédier à l’inconduite dont la preuve est établie. Le contrôle judiciaire du caractère arbitraire du processus décisionnel employé par une municipalité est d’autant plus nécessaire que l’exercice d’un pouvoir légal discrétionnaire comporte un risque élevé d’abus. Comme le juge Rand l’a indiqué clairement dans *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, aucun pouvoir discrétionnaire n’est assez général pour soustraire au contrôle judiciaire une décision municipale arbitraire ou abusive :

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n’y a rien de tel qu’une « discrétion » absolue et sans entraves, c’est-à-dire celle où l’administrateur pourrait agir pour n’importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l’exprime expressément, s’interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n’importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi.

Le deuxième facteur est celui du régime législatif et de ses dispositions, en l’occurrence la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, qui accorde à la municipalité le pouvoir d’examiner une demande de modification de zonage. Cependant, l’absence d’une disposition prévoyant un droit d’appel exige de la municipalité qu’elle fasse preuve d’un plus grand souci d’équité. Des protections procédurales plus importantes « seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d’appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes » : *Baker*, précité, par. 24, la juge L’Heureux-Dubé.

Le troisième facteur nous impose de tenir compte de l’importance de la décision pour la Congrégation. La rigueur des protections procédurales est directement proportionnelle à l’importance de la décision dans la vie des personnes visées et à la nature de ses répercussions sur ces personnes : *Baker*, précité, par. 25; voir aussi *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1113. En l’espèce, la

affects the Congregation's practice of its religion. The right to freely adhere to a faith and to congregate with others in doing so is of primary importance, as attested to by its protection in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

The fourth factor — the legitimate expectations of the Congregation — also militates in favour of heightened procedural protection. Where prior conduct creates for the claimant a legitimate expectation that certain procedures will be followed as a matter of course, fairness may require consistency: *Baker, supra*, at para. 26; see also *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.); *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36. Here, the Municipality followed an involved process in responding to the Congregation's first rezoning application, in so doing giving rise to the Congregation's legitimate expectation that future applications would be thoroughly vetted and carefully considered.

The fifth factor — the nature of the deference due to the decision maker — calls upon the reviewing court to acknowledge that the public body may be better positioned than the judiciary in certain matters to render a decision, and to examine whether the decision in question falls within this realm. Municipal decisions on rezoning fall within the sphere in which municipalities have expertise beyond the capacity of the judiciary, thus warranting deference from reviewing courts. However, this factor may not carry much weight where, as here on the second and third applications for rezoning, there is no record to indicate that the Municipality has actually engaged its expertise in evaluating the applications.

décision devient importante en ce qu'elle touche l'exercice par la Congrégation de sa religion. Le droit d'adhérer librement à une croyance et de se rassembler avec d'autres pour professer cette croyance est d'une importance capitale, comme en témoigne la protection que lui confèrent la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12.

Le quatrième facteur — les attentes légitimes de la Congrégation — milite aussi en faveur de protections procédurales accrues. Lorsqu'une conduite antérieure crée chez le demandeur une attente légitime selon laquelle une certaine procédure sera automatiquement suivie, l'équité peut exiger que l'on s'y conforme : *Baker*, précité, par. 26; voir aussi *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.); *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (QL) (1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36. En l'espèce, la municipalité a suivi un processus complexe pour répondre à la première demande de modification de zonage présentée par la Congrégation et, ce faisant, elle a créé chez cette dernière une attente légitime selon laquelle ses demandes futures seraient examinées rigoureusement et soigneusement.

Le cinquième facteur — la nature du respect dû au décideur — exige que la cour siégeant en révision reconnaisse que l'organisme public est peut-être mieux placé que les tribunaux pour rendre une décision dans certains domaines et qu'elle détermine si tel est le cas de la décision en cause. Les décisions municipales en matière de modification de zonage font partie d'un domaine dans lequel l'expertise des municipalités dépasse celle des tribunaux. Elles méritent donc le respect des cours de révision. Cependant, il est possible que ce facteur ne joue guère lorsque, comme en l'espèce, dans le cas de la deuxième et de la troisième demande de modification de zonage, aucun document n'indique que la municipalité a effectivement utilisé son expertise pour étudier les demandes.

10

11

12 The five *Baker* factors suggest that the Municipality's duty of procedural fairness to the Congregation required the Municipality to carefully evaluate the applications for a zoning variance and to give reasons for refusing them. This conclusion is consistent with the Court's recent decision in *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, at para. 23, holding that municipal councillors must always explain and be prepared to defend their decisions. It is also consistent with *Baker*, where it was held, at para. 43 dealing with a ministerial decision, that if an organ of the state has a duty to give reasons and refuses to articulate reasons for exercising its discretionary authority in a particular fashion, the public body may be deemed to have acted arbitrarily and violated its duty of procedural fairness.

13 Giving reasons for refusing to rezone in a case such as this serves the values of fair and transparent decision making, reduces the chance of arbitrary or capricious decisions, and cultivates the confidence of citizens in public officials. Sustained by both law and policy, I conclude that the Municipality was bound to give reasons for refusing the Congregation's second and third applications for rezoning. This duty applied to the first application, and was complied with. If anything, the duty was stronger on the Congregation's second and third applications, where legitimate expectations of fair process had been established by the Municipality itself.

III. Applying the Duty of Fairness to the Facts

14 Before considering the rezoning applications, it is necessary to deal with a preliminary question: does the trial judge's finding that Mrs. Jolicoeur was willing to sell a P-3 property to the Congregation resolve the matter and make it unnecessary to consider the Municipality's treatment of the Congregation's application for rezoning, as LeBel J. concludes?

Les cinq facteurs énoncés dans *Baker*, indiquent que le devoir d'équité procédurale de la municipalité envers la Congrégation l'obligeait à examiner soigneusement les demandes de dérogation et à motiver ses refus. Cette conclusion est compatible avec la récente décision de la Cour dans *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, par. 23, selon laquelle les conseillers municipaux doivent toujours expliquer leurs décisions et être prêts à les défendre. Elle s'accorde aussi avec l'arrêt *Baker*, dans lequel la Cour a statué au par. 43, à propos d'une décision ministérielle, qu'un organisme de l'État qui a l'obligation de motiver sa décision et qui refuse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière peut être considéré comme ayant agi arbitrairement et comme ayant manqué à son devoir d'équité procédurale.

La communication des motifs du refus de modifier le zonage dans un cas comme celui-ci favorise la transparence et l'équité du processus décisionnel, réduit les risques de décisions arbitraires ou abusives, et entretient la confiance qu'éprouvent les citoyens envers les agents de l'État. À la fois le droit et des considérations d'ordre politique m'amènent à conclure que la municipalité était tenue de motiver son refus d'acquiescer à la deuxième et à la troisième demande de modification de zonage présentées par la Congrégation. La municipalité était déjà assujettie à cette obligation lors de la première demande et elle s'en était acquittée. À l'occasion de la deuxième et de la troisième demande de la Congrégation, son obligation était peut-être encore plus rigoureuse, car la municipalité avait elle-même créé des attentes légitimes quant au respect d'une procédure équitable.

III. Application de l'obligation d'équité aux faits

Avant d'examiner les demandes de modification de zonage, il faut trancher une question préliminaire : la conclusion du juge de première instance portant que M^{me} Jolicoeur était disposée à vendre un terrain situé dans une zone P-3 à la Congrégation règle-t-elle l'affaire et rend-elle inutile l'examen du traitement accordé par la municipalité à la demande de modification de zonage présentée par la Congrégation, ainsi que le conclut le juge LeBel?

Like LeBel J., I accept the finding of fact that land was available in Zone P-3. However, this does not resolve the issue, in my view, because the Municipality's duty of procedural fairness to the Congregation is not contingent upon the interactions of the Congregation with third parties, namely Mrs. Jolicoeur. The Municipality's duty exists independent of the Congregation's own conduct.

I therefore find it necessary to consider whether the Municipality fulfilled its duty of procedural fairness in responding to the rezoning applications brought by the Congregation. In my view, the answer is no.

The Congregation requested a zoning variance from the Municipality on three separate occasions. On each occasion, the Municipality refused the request. The process by which the Municipality refused the first request withstands judicial scrutiny. But the process followed to respond to the second and third requests does not.

On March 4, 1992, after having concluded no land was available in P-3, the Congregation entered into a purchase agreement for a parcel of land located at the intersection of 112th Avenue and Maurice Boulevard, conditional upon obtaining rezoning approval. The parcel was located in a residential zone, not a P-3 community zone where the construction of churches was permitted. However, another P-3-zoned structure was already located in the area.

On May 12, 1992, the Municipality referred the request to its Comité consultatif d'urbanisme for a recommendation. Realizing that places of worship normally enjoy exemption from property taxes, the Comité commissioned a study from Marcel Bélanger, then assistant secretary-treasurer, on the financial impact upon city taxpayers of granting the Congregation's request. Bélanger reported back to the Comité on June 10, concluding that granting the Congregation's zoning variance would result in increased property taxes for neighbouring residents. On June 23, the Comité recommended that the Municipality deny the Congregation's request

À l'instar du juge LeBel, j'accepte la conclusion de fait selon laquelle un terrain était disponible dans une zone P-3. Cependant, j'estime que cela ne règle pas la question, parce que l'obligation d'équité procédurale de la municipalité envers la Congrégation n'est pas tributaire des rapports entre la Congrégation et les tiers, en l'occurrence, M^{me} Jolicoeur. Le devoir de la municipalité existe indépendamment de la conduite de la Congrégation.

J'estime donc nécessaire de déterminer si la municipalité a respecté son obligation d'équité procédurale en répondant aux demandes de modification de zonage présentées par la Congrégation. Selon moi, elle ne l'a pas respectée.

La Congrégation a demandé une dérogation à la municipalité à trois reprises. Chaque fois, la municipalité a rejeté la demande. Le processus au terme duquel la municipalité a rejeté la première demande résiste à un examen judiciaire. Mais ce n'est pas le cas du processus utilisé pour traiter la deuxième et la troisième demande.

Le 4 mars 1992, après avoir conclu qu'aucun terrain n'était disponible dans une zone P-3, la Congrégation a signé une convention d'achat d'un terrain situé à l'intersection de la 112^e Avenue et du boulevard Maurice, laquelle était conditionnelle à l'obtention d'une modification de zonage. Le terrain était situé dans une zone résidentielle, et non dans une zone communautaire P-3 où la construction d'églises était permise. Toutefois, un autre bâtiment autorisé dans une zone P-3 se trouvait déjà dans ce secteur.

Le 12 mai 1992, la municipalité a transmis la demande à son Comité consultatif d'urbanisme en vue d'obtenir une recommandation. Constatant que les lieux de culte jouissent habituellement d'une exemption fiscale, le Comité a chargé M. Marcel Bélanger, alors secrétaire-trésorier adjoint, d'effectuer une étude des conséquences financières que la décision d'acquiescer à la demande de la Congrégation entraînerait pour les contribuables. M. Bélanger a remis son rapport au Comité le 10 juin, concluant que l'octroi de la dérogation demandée par la Congrégation se traduirait par une augmentation du fardeau fiscal des résidents du voisinage. Le

15

16

17

18

19

for a zoning variance. On July 6 at a public meeting, the Municipality announced its final decision to deny the request, supported by detailed reasons.

23 juin, le Comité a recommandé à la municipalité de rejeter la demande de dérogation présentée par la Congrégation. Le 6 juillet, au cours d'une assemblée publique, la municipalité a annoncé sa décision définitive de rejeter la demande et exposé en détail les motifs de son refus.

20 At the urging of the Mayor, the Congregation met with the Municipality's building inspector the next day, July 7. The building inspector indicated on a map the location of P-3 zones in which the Congregation could purchase land to build its place of worship. The building inspector added that if no land were available for purchase in Zone P-3, the Congregation would have to reapply for a zoning variance. To this point, the Municipality's conduct cannot be faulted.

Sur les instances du maire, la Congrégation a rencontré le lendemain, le 7 juillet, l'inspecteur en bâtiment de la municipalité. Ce dernier a indiqué sur une carte l'emplacement des zones P-3 où la Congrégation pouvait acheter un terrain pour y construire son lieu de culte. L'inspecteur a en outre dit à la Congrégation qu'elle devrait présenter une nouvelle demande de dérogation si aucun terrain n'était disponible dans une zone P-3. Jusqu'ici, on ne peut rien reprocher à la municipalité.

21 Following this advice, the Congregation renewed its search for available land in Zone P-3. Again its search turned up no available land in P-3 zones and the Congregation took its search to other zones. It found a suitable lot in a commercial zone at 2373 Labelle Boulevard — only 400 metres from another place of worship — and entered into a conditional purchase agreement. Still following the building inspector's earlier advice, the Congregation filed a second request for a zoning variance.

La Congrégation a suivi ces conseils et repris ses recherches en vue de trouver un terrain disponible dans une zone P-3. De nouveau, ses recherches l'ont amenée à conclure qu'aucun terrain n'était disponible dans une zone P-3 et elle s'est tournée vers d'autres zones. Elle a trouvé un terrain convenable dans une zone commerciale, soit au 2373, boulevard Labelle — à seulement 400 mètres d'un autre lieu de culte — et signé une promesse d'achat conditionnelle. Toujours en accord avec les conseils reçus de l'inspecteur, la Congrégation a déposé une deuxième demande de dérogation.

22 The Congregation's accompanying letter, dated February 1, 1993, detailed its four-year-long effort to build a place of worship in the Municipality and expressed its inability to find any available land in Zone P-3. It requested a zoning variance for the commercial-zoned property it now proposed to acquire. The Congregation asked for an audience with the Municipality in order to personally present its construction plans.

Dans la lettre accompagnant sa demande, datée du 1^{er} février 1993, la Congrégation a exposé de façon détaillée tous les efforts qu'elle déployait depuis quatre ans pour construire un lieu de culte dans la municipalité et indiqué qu'elle avait été incapable de trouver un terrain disponible dans une zone P-3. Elle demandait une dérogation à l'égard du terrain situé dans une zone commerciale qu'elle se proposait alors d'acheter. Elle a demandé à rencontrer les représentants de la municipalité afin de leur présenter personnellement ses projets de construction.

23 Three days later, on February 4, the Municipality sent the Congregation a letter summarily denying its request. It gave no reasons for this decision. The Municipality did not engage in an evaluative process like the one it undertook in response to the Congregation's first request for a zoning

Trois jours plus tard, soit le 4 février, la municipalité a fait parvenir à la Congrégation une lettre dans laquelle elle rejetait sommairement sa demande. Elle n'a fourni aucun motif à l'appui de sa décision. La municipalité n'a pas enclenché de processus d'évaluation semblable à celui qu'elle

variance, nor indeed any evaluative process at all. The Municipality did not refer the matter to its Comité. It did not study the financial impact of granting the zoning variance. And it did not grant the Congregation the courtesy of meeting with its representatives to discuss the Congregation's construction plans, which by then had been derailed for four years. The Municipality contented itself with advising that lots in P-3 were available.

This advice was no substitute for a proper evaluation of the rezoning application and accompanying reasons justifying the refusal. The Municipality knew that the Congregation believed on the basis of two searches that no P-3 lots were available. Yet, it offered only the general observation that lots were available without offering any direction. In fact, as the trial judge found, land was available in P-3. But this is not the issue. The issue is whether, in these circumstances, the Municipality's curt dismissal of the Congregation with the advice that land was available in P-3 constitutes a sufficient justification of its refusal to grant the second rezoning application to comply with the duty of fairness it owes the Congregation — a duty heightened by the Congregation's legitimate expectations. I conclude that it does not.

Had this second application been a mere request for reconsideration, one might have understood the absence of evaluation and reasons. But this was not so. The Congregation's second request concerned a different parcel of land, located in a commercial zone rather than a residential zone, and situated near another place of worship. The findings of the Bélanger study on tax impact of granting a zoning variance and the accompanying analyses of the first application were inapplicable to these new and different circumstances. A new evaluation was

avait suivi pour répondre à la première demande de dérogation de la Congrégation. Elle n'a, en fait, enclenché aucun processus d'évaluation, quel qu'il soit. La municipalité n'a pas transmis le dossier à son Comité. Elle n'a pas étudié les conséquences financières d'une décision d'acquiescer à la demande de dérogation. Et elle n'a pas daigné offrir à la Congrégation la possibilité de rencontrer ses représentants pour discuter de ses projets de construction, contrecarrés depuis quatre ans. La municipalité s'est contentée d'aviser la Congrégation que des terrains situés dans une zone P-3 étaient disponibles.

Cet avis ne pouvait en aucune façon remplacer une évaluation correcte de la demande de modification de zonage et un exposé des motifs de son rejet. La municipalité savait que la Congrégation était convaincue, pour avoir fait des recherches à deux reprises, qu'aucun terrain n'était disponible dans une zone P-3. Malgré tout, elle s'est contentée de lui mentionner en termes généraux que des terrains étaient disponibles, sans donner quelque précision que ce soit. De fait, ainsi que le juge de première instance l'a conclu, un terrain était disponible dans la zone P-3. Mais là n'est pas la question. Il s'agit de savoir si, dans ces circonstances, la municipalité a fourni des motifs suffisants à l'appui de son refus d'acquiescer à la deuxième demande de la Congrégation, en lui envoyant la lettre laconique dans laquelle elle affirmait que des terrains étaient disponibles dans une zone P-3, et si elle a ainsi respecté son obligation d'équité envers la Congrégation — obligation accrue par les attentes légitimes de cette dernière. Je conclus que tel n'est pas le cas.

Si cette deuxième demande s'était résumée à une simple demande de réexamen, on aurait pu comprendre l'absence d'évaluation et de motifs. Mais il ne s'agissait pas d'une simple demande de réexamen. La deuxième demande de la Congrégation concernait un terrain différent, situé dans une zone commerciale, plutôt que dans une zone résidentielle, près d'un autre lieu de culte. Les conclusions de l'étude effectuée par M. Bélanger sur les conséquences fiscales de l'octroi d'une dérogation et les analyses relatives à la première demande ne

24

25

required, together with an explanation. Neither was offered.

s'appliquaient pas à cette situation nouvelle et différente. Une nouvelle évaluation et une explication s'imposaient. Ni l'une ni l'autre n'ont été offertes.

26 Having been told land was available in P-3 but not informed as to where, the Congregation yet again renewed its search for land in P-3. It canvassed landowners in this zone, but again concluded that no suitable properties were for sale. Armed with written confirmation from P-3 property owners attesting to the unavailability of land in Zone P-3, the Congregation presented its third request to the Municipality for a zoning variance on May 31, 1993. The request related to the same property that had been the subject of the second request. In a series of letters to the Municipality, the Congregation presented evidence of its fruitless search to identify any available land in Zone P-3.

Ayant été informée que des terrains étaient disponibles dans une zone P-3, mais sans savoir exactement où, la Congrégation a repris ses recherches pour trouver un terrain. Elle a fait des vérifications minutieuses auprès de propriétaires de terrains situés dans une zone P-3 pour arriver de nouveau à la conclusion qu'aucun terrain convenable n'était à vendre. Munie d'une confirmation écrite de propriétaires de terrains situés dans une zone P-3 attestant qu'aucun terrain n'était disponible dans une zone P-3, la Congrégation a présenté à la municipalité sa troisième demande de dérogation le 31 mai 1993. La demande portait sur le même immeuble que la deuxième demande. Dans une série de lettres adressées à la municipalité, la Congrégation a présenté la preuve de ses recherches infructueuses pour trouver un terrain disponible dans une zone P-3.

27 The Municipality responded by letter, dated August 24, 1993. Again, it refused the application for rezoning. Again, it offered no reasons. This time it did not even tell the Congregation that land was available in Zone P-3. The Municipality contented itself with asserting — erroneously — that since the Legislature had conferred discretion upon it, the Municipality was not required to offer any justification for refusing the Congregation's rezoning application:

La municipalité a répondu dans une lettre datée du 24 août 1993. Elle a de nouveau rejeté la demande de modification de zonage. Elle a de nouveau omis de motiver son refus. Cette fois, elle n'a même pas indiqué à la Congrégation que des terrains étaient disponibles dans une zone P-3. La municipalité s'est contentée d'affirmer — à tort — que, puisque le législateur lui avait conféré un pouvoir discrétionnaire à cet égard, elle n'était pas tenue de motiver son refus d'acquiescer à la demande de modification de zonage présentée par la Congrégation :

[TRANSLATION] You have made a number of applications to amend the zoning by-law. The Legislature has given the municipal council the responsibility for exercising this power, which is discretionary. Upon careful consideration, the municipality of Lafontaine has decided not to take action in respect of your applications. The municipal council of Lafontaine is not required to provide you with a justification and we therefore have no intention of giving reasons for the council's decision. [Emphasis added.]

Vous avez, par ailleurs, adressé différentes demandes pour modifier le zonage. Le législateur a remis entre les mains du Conseil municipal l'exercice de ce pouvoir qui demeure discrétionnaire. La Municipalité de Lafontaine a, après délibéré, décidé de ne pas donner suite à vos demandes. Ce faisant, le Conseil municipal de Lafontaine n'a aucune justification à vous fournir et il n'est donc pas de notre intention de motiver la décision du Conseil. [Je souligne.]

28 Where, one asks, is the recognition that the Municipality must exercise its legislatively conferred discretion in the public interest? Where is the recognition that the Municipality owed a duty of fairness to the Congregation? The Congregation in

Où, peut-on se demander, est-il reconnu que la municipalité doit exercer le pouvoir discrétionnaire que la loi lui confère en tenant compte de l'intérêt public? Où est-il reconnu que la municipalité était tenue d'agir équitablement envers la Congrégation?

making its second and third applications was acting in good faith on the advice it had received from the municipal inspector following the rejection of its first application. The Congregation offered evidence of good faith searches for land in P-3 to no avail — evidence the Municipality did not bother to comment on, much less rebut.

The Municipality's attitude was clear. The Congregation was welcome to find land in P-3 on its own. If it was unable to do so, the Municipality was prepared to neither accept an application for rezoning nor justify its refusal. The letter effectively foreclosed any possibility that the Municipality would assist the Congregation in its quest for land upon which to build its place of worship. Not surprisingly, the Congregation concluded further applications would be fruitless and commenced this litigation.

In refusing to justify its decision to deny the second and third applications for zoning variances, the Municipality breached the duty of procedural fairness it owed to the Congregation — a duty heightened by the expectations established by the Municipality's own conduct and the importance of the decision to the Congregation, impacting as it did on the right of the Congregation to practise the religion of its choice. The Municipality acted in a manner that was arbitrary and straddled the boundary separating good from bad faith. It follows that the second and third refusals do not comply with the law and must be set aside.

IV. Remedy

I would allow the appeal, set aside the second and third rezoning refusals, and remit the matter to the Municipality for reconsideration of the Congregation's rezoning application.

The Congregation argues that this remedy is inadequate because it fears that the Municipality will once again refuse its application, this time with proper reasons. Accordingly, it asks this Court to order the Municipality to grant its rezoning

Lorsqu'elle a présenté sa deuxième et sa troisième demande, la Congrégation a agi de bonne foi, en suivant les conseils reçus de l'inspecteur municipal à la suite du rejet de sa première demande. La Congrégation a apporté la preuve qu'elle avait cherché de bonne foi un terrain dans une zone P-3, mais en vain — preuve à laquelle la municipalité n'a pas daigné répondre et qu'elle a encore moins réfutée.

L'attitude de la municipalité était claire. La Congrégation était invitée à trouver elle-même un terrain dans une zone P-3. Si elle n'y parvenait pas, la municipalité n'était pas disposée à acquiescer à une demande de modification de zonage ni à justifier son refus. La lettre écarte effectivement toute possibilité que la municipalité aide la Congrégation dans sa quête d'un terrain sur lequel elle pourrait construire son lieu de culte. Il n'est pas étonnant que la Congrégation ait conclu que toute nouvelle demande serait infructueuse et décidé d'engager une procédure judiciaire.

En refusant de justifier sa décision de rejeter la deuxième et la troisième demande de dérogation, la municipalité a manqué à l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle était tenue envers la Congrégation — une obligation accrue en raison des attentes créées par sa propre conduite et de l'importance de la décision pour la Congrégation, compte tenu de son effet sur le droit de la Congrégation de pratiquer la religion de son choix. La municipalité a agi de manière arbitraire, à la limite de la mauvaise foi. Il s'ensuit que le deuxième et le troisième refus sont illégaux et doivent être annulés.

IV. Réparation

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le deuxième et le troisième refus de modifier le zonage et de renvoyer l'affaire à la municipalité pour qu'elle examine de nouveau la demande de modification de zonage présentée par la Congrégation.

La Congrégation soutient que cette réparation est inadéquate, car elle craint que la municipalité refuse de nouveau sa demande, mais cette fois, en motivant correctement sa décision. Elle demande donc à notre Cour d'ordonner à la municipalité d'acquiescer à sa

29

30

31

32

application. But such an order presupposes that the Congregation is entitled to a favourable decision by the Municipality in the proper exercise of its discretion. Having already discussed the broad scope of the municipal power to pursue its urban planning program with fairness, in good faith and with a view to the public interest, I take no position on this matter.

demande de modification de zonage. Toutefois, l'octroi d'une telle réparation présuppose que la Congrégation a droit à une décision favorable de la municipalité, si celle-ci exerce correctement son pouvoir discrétionnaire. Ayant déjà abordé la question de la portée étendue du pouvoir de la municipalité de poursuivre son plan d'urbanisme avec équité, bonne foi et en fonction de l'intérêt public, je ne me prononce pas sur ce point.

33 It may be that in appropriate cases, high-handed or outrageous conduct as that of the Municipality in this appeal might support an order for solicitor-and-client costs or punitive damages: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3. Although the Congregation has made no such request to this Court, we nevertheless retain the right to issue an order for solicitor-and-client costs where circumstances so warrant: *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47. However, in light of our inability to conclude on the facts whether the Municipality acted in bad faith in denying the Congregation's second and third rezoning applications, I would decline to award solicitor-and-client costs in this appeal.

Dans les cas où cela est indiqué, il se peut qu'une conduite abusive ou inacceptable, comme celle de la municipalité en l'espèce, justifie l'octroi des dépens entre avocat et client ou l'octroi de dommages-intérêts punitifs : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Bien que la Congrégation n'ait présenté à notre Cour aucune demande en ce sens, nous avons toujours le droit d'ordonner le paiement des dépens entre avocat et client lorsque les circonstances le justifient : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47. Cependant, puisqu'il nous est impossible, au vu des faits, de déterminer si la municipalité a fait preuve de mauvaise foi en rejetant les deuxième et troisième demandes de modification de zonage présentées par la Congrégation, je suis d'avis de ne pas accorder les dépens entre avocat et client en l'espèce.

34 It is also unnecessary to consider the constitutionality of the impugned provisions of the *Act respecting land use planning and development* and to answer the constitutional questions.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité des dispositions contestées de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* et de répondre aux questions constitutionnelles.

V. Conclusion

V. Conclusion

35 I would allow the appeal with costs to the Congregation and remit the Congregation's rezoning application for the property located at 2373 Labelle Boulevard to the Municipality, to be considered in accordance with these reasons and in observance of the lawful exercise of discretionary authority.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de la Congrégation et de renvoyer à la municipalité la demande de modification de zonage présentée par la Congrégation à l'égard de l'immeuble situé au 2373, boulevard Labelle, pour qu'elle la réexamine en tenant compte des présents motifs et en exerçant son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la loi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

36 MAJOR J. (dissenting) — I agree with the result in the judgment of LeBel J. but restrict my reasons

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis d'accord avec le juge LeBel quant à l'issue du pourvoi, mais

to his conclusions on the findings of fact of the trial judge and the absence of any infringement to freedom of religion.

English version of the reasons of Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal concerns a municipal zoning problem relating to the construction of a place of worship for a religious group. The dispute arose out of the refusal of the municipality of the village of Lafontaine (the “municipality”) to amend its zoning by-law to allow the appellants to build a place of worship, a Kingdom Hall, on land they bought in a zone where the construction of such facilities is not permitted. More specifically, it is necessary to determine whether the municipality’s refusal to amend its zoning by-law infringes the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “Charter”). If so, it will be necessary to find an appropriate remedy, which will entail a review of the constitutionality of provisions of the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1 (“ALUPD”), relating to the referendum process for approving amendments to zoning by-laws. The case also raises a preliminary issue, that is, whether the Court of Appeal was correct in varying the trial judge’s finding of fact that lots were available in the zone where the establishment of places of worship is permitted by the municipal by-law. Finally, there remains a question of administrative law relating to the provision of reasons for the municipality’s decision not to amend its zoning by-law that should be addressed.

The courts below dismissed the appellants’ case. I conclude, for reasons that are different from those of the Quebec Court of Appeal and that I will now set out, that an infringement of freedom of religion has not been established and that the appeal should be dismissed.

je limiterais mes motifs à ses conclusions sur les constatations de fait du juge de première instance et sur l’absence d’atteinte à la liberté de religion.

Les motifs des juges Bastarache, LeBel et Deschamps ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur un problème de zonage municipal relatif à la construction d’un lieu de culte pour un groupe religieux. Le problème en cause résulte du refus de la municipalité du village de Lafontaine (la « municipalité ») de modifier son règlement de zonage afin de permettre aux appelants de construire leur lieu de culte, soit une Salle du Royaume, sur le terrain qu’ils ont acheté dans une zone ne permettant pas la construction de lieux de culte. Il s’agit plus précisément de déterminer si le refus de la municipalité d’accorder cette modification au règlement de zonage viole la liberté de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « Charte »). Si tel est le cas, il faudra choisir la réparation appropriée, ce qui exigera un examen de la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1 (« *Lau* »), relatives au processus d’approbation référendaire d’une modification à un règlement de zonage. Cette affaire comporte aussi une question préalable, celle de savoir si la Cour d’appel a valablement modifié la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle des terrains sont disponibles dans la zone prévue par le règlement municipal pour l’établissement de lieux de culte. Il conviendra finalement d’aborder une question de droit administratif relative à la motivation de la décision de la municipalité de ne pas modifier son règlement de zonage.

Les cours d’instance inférieure ont rejeté le recours des appelants. Pour des motifs qui diffèrent de ceux de la Cour d’appel du Québec et que j’expose ici, je conclus que la violation de la liberté de religion n’est pas établie et que le pourvoi devrait être rejeté.

II. Origins of the Case

39 The respondent municipality, the village of Lafontaine, is located near St-Jérôme, Quebec. In 2002, the municipality was amalgamated with the city of St-Jérôme. The appellants have been looking for a suitable parcel of land in this municipality on which to establish a place of worship, a "Kingdom Hall", since 1989 and have been seeking permission from the municipality to build such a facility since 1992.

40 The municipality's zoning by-law No. 362, as it read in 1992, allowed places of worship to be built in a regional community use zone designated as Zone P-3 (ss. 2.2.1 and 2.2.5.3). As they felt that no land was available in this zone for the construction of their Kingdom Hall, the appellants made an initial offer, conditional on the amendment of the municipality's zoning by-law, to purchase a lot located in a residential zone. On receiving the appellants' application, the municipality refused to amend its zoning by-law on the ground that this would have resulted in an increase in the tax burden for ratepayers, since places of worship are exempt from paying tax. Following this refusal, the appellants made a second conditional offer on November 22, 1992, this time to purchase a lot in Zone C-3, a commercial use zone. They then applied to the municipality a number of times for a zoning change that would permit them to build their place of worship on this lot. The municipality categorically refused to grant their application. There were then some heated exchanges with the municipality's lawyers, who justified the refusal to amend the zoning by-law on the basis that lots were available in Zone P-3. On August 5, 1993, after the municipality refused to amend its zoning by-law, the appellants bought the lot in Zone C-3.

41 To obtain the necessary permits to build their place of worship on this lot, the appellants instituted a proceeding for mandamus. They based their proceeding on grounds based primarily on

II. L'origine du litige

La municipalité intimée, le village de Lafontaine, est située près de St-Jérôme, dans la province de Québec. Cette municipalité a toutefois été fusionnée en 2002 avec la ville de St-Jérôme. Depuis 1989, les appelants tentent de trouver un terrain approprié à l'établissement de leur lieu de culte, connu sous le nom de Salle du Royaume, sur le territoire de cette municipalité et, depuis 1992, ils tentent d'obtenir de celle-ci la permission d'y construire ce lieu de culte.

Le Règlement de zonage n° 362 de la municipalité, tel qu'il se lit en 1992, permet l'établissement des « édifices de culte » dans la zone communautaire régionale, soit la zone P-3 (art. 2.2.1 et 2.2.5.3). Parce qu'ils estiment qu'aucun terrain n'est disponible dans cette zone pour la construction de leur Salle du Royaume, les appelants font d'abord une première offre conditionnelle à la modification du règlement de zonage de la municipalité pour l'achat d'un terrain situé dans une zone résidentielle. Après la réception de la demande des appelants, la municipalité refuse de modifier son règlement de zonage en raison de l'augmentation du fardeau fiscal des contribuables qu'entraînerait une modification du zonage, les lieux de culte étant exempts de taxes. Face à ce refus, les appelants présentent ensuite, le 22 novembre 1992, une seconde offre conditionnelle d'achat d'un terrain situé dans la zone commerciale C-3. Ils demandent alors à plusieurs reprises à la municipalité un changement de zonage afin de permettre la construction de leur lieu de culte sur ce terrain. Cette dernière leur oppose un refus catégorique. Des échanges acrimonieux ont alors lieu avec les avocats de la municipalité, qui justifient le refus de modifier le règlement de zonage par le fait que certains terrains sont disponibles dans la zone P-3. Le 5 août 1993, alors que la municipalité refuse de procéder à la modification de son règlement de zonage, les appelants achètent ce terrain situé dans la zone C-3.

Afin d'obtenir les permis nécessaires à la construction de leur lieu de culte sur leur terrain, les appelants entreprennent alors une procédure judiciaire en *mandamus*. Ils fondent leur procédure sur

constitutional law, alleging that the municipality's refusal to amend its zoning by-law violated their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* and under the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Quebec Charter*"). They also asked that the provisions of the *ALUPD* relating to the process for approving amendments to zoning by-laws by way of referendum be declared unconstitutional, because such a public consultation, in their view, would violate their freedom of religion. This proceeding gave rise to the case now before our Court.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court* (J.E. 99-333)

Dubois J. of the Quebec Superior Court began by finding that, pursuant to the municipality's zoning by-law, places of worship could be built only in Zone P-3. To build such a facility in another zone, in this case Zone C-3, the by-law would have to be amended.

After conducting a detailed analysis of the evidence before him, the trial judge held that lots on which the appellants could build their place of worship were still available in Zone P-3 and that some of them were still up for sale. According to Dubois J., 709,873 square feet of land in Zone P-3 had yet to be developed. At least two lots were still on the market in that zone. In his view, one lot, which he called the [TRANSLATION] "island lot", was available and would be a suitable site for the appellants' place of worship, since it was even larger than the lot they had purchased. According to Dubois J., another lot, one belonging to Francine Jolicoeur that was located behind the Pavillon Ste-Marie (P-3-418), was also available. He found Ms. Jolicoeur's testimony to the effect that she was prepared to sell this lot to be credible. In his opinion, the appellants should have made Ms. Jolicoeur a formal offer to purchase to determine whether the lot was indeed available.

des motifs relevant principalement du droit constitutionnel, alléguant que le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage est contraire à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). Ils demandent aussi à ce que les dispositions de la *Lau* relatives à la procédure d'approbation référendaire d'une modification à un règlement de zonage soient déclarées inconstitutionnelles, car un tel vote populaire est, selon eux, contraire à la liberté de religion. Cette procédure donne naissance au litige dont notre Cour est maintenant saisie.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec* (J.E. 99-333)

Le juge Dubois de la Cour supérieure du Québec conclut d'abord qu'en vertu du règlement de zonage de la municipalité, les lieux de culte ne peuvent être construits que dans la zone P-3. Pour établir un tel lieu dans une autre zone, soit, en l'espèce, la zone C-3, il faut modifier ce règlement.

Après une analyse détaillée de la preuve présentée devant lui, le premier juge conclut que des terrains restent disponibles dans la zone P-3 pour la construction du lieu de culte des appelants et que certains sont toujours à vendre. D'après le juge Dubois, 709 873 pieds carrés de terrains n'ont pas encore été aménagés dans la zone P-3. Au moins deux de ces terrains demeurent encore sur le marché. Ainsi selon lui, un terrain désigné comme le « terrain des îles » est disponible et convenable pour la construction du lieu de culte des appelants, car sa superficie dépasse celle du terrain acheté par ces derniers. Selon le juge, le terrain appartenant à M^{me} Francine Jolicoeur, situé à l'arrière du Pavillon Ste-Marie (P-3-418), est aussi disponible. À cet égard, le juge de première instance reconnaît la crédibilité du témoignage de M^{me} Jolicoeur, lorsqu'elle affirme avoir été disposée à vendre. D'après le juge Dubois, les appelants auraient dû envoyer à M^{me} Jolicoeur une offre d'achat formelle afin de s'assurer de la disponibilité réelle de ce terrain.

42

43

44 Dubois J. also refused to characterize the zoning by-law as prohibitive, since it allowed the construction of places of worship in Zone P-3. He concluded by stating that, since the purpose of the by-law was to organize the municipality's territory while ensuring that citizens' interests were taken into account and that order was maintained in the municipality, the by-law did not infringe freedom of religion. The Superior Court accordingly dismissed the appellants' application for mandamus.

B. *Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 3015

45 The Quebec Court of Appeal was divided as to how to dispose of the appeal. Gendreau and Pelletier J.J.A., who formed the majority of the Court, dismissed the appeal, while Robert C.J.Q., who dissented, would have allowed it.

46 The majority agreed with the conclusion of Robert C.J.Q. that the trial judge had made an unreasonable error in finding that lots on which the appellants could build their place of worship were still available in Zone P-3. Thus, all the judges of the Court of Appeal agreed that no land was available in that zone on which to build a Kingdom Hall.

47 However, in the opinion of the majority, the municipality was not responsible for this unavailability. Since the zoning by-law was not prohibitive, as it did not make it impossible to locate places of worship within the boundaries of the municipality, it could not be regarded as the reason why no land was available in Zone P-3. Rather, the source of the problem was the refusal of landowners in that area to sell lots to the appellants. The majority added that the municipality was under no positive obligation to preserve freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. This led them to conclude that the municipality was not under an obligation to ensure that every religious community could have a place of worship located within its boundaries. The majority therefore dismissed the appeal.

Par ailleurs, le juge Dubois refuse de qualifier le règlement de zonage de prohibitif, car il permet la construction de lieux de culte dans la zone P-3. Enfin, il conclut que, puisque ce règlement vise à organiser le territoire municipal en tenant compte des intérêts des citoyens et à maintenir l'ordre au sein de la municipalité, il ne porte pas atteinte à la liberté de religion. En conséquence, la Cour supérieure rejette la requête en *mandamus* des appelants.

B. *Cour d'appel*, [2002] R.J.Q. 3015

La Cour d'appel du Québec est divisée quant à l'issue du pourvoi. Les juges Gendreau et Pelletier, formant la majorité, rejettent l'appel, alors que le juge en chef Robert, dissident, l'accueillerait.

Les juges majoritaires acceptent d'abord la conclusion du juge en chef Robert selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur déraisonnable en décidant que la zone P-3 comprend encore des terrains disponibles pour la construction du lieu de culte des appelants. Ainsi, selon tous les juges de la Cour d'appel, aucun terrain n'est disponible dans cette zone pour la construction d'une Salle du Royaume.

Toutefois, dans l'opinion des juges majoritaires, cette absence de terrain n'est pas imputable à la municipalité. En effet, puisque le règlement de zonage n'est pas prohibitif, car il ne rend pas impossible l'implantation de lieux de culte sur le territoire de la municipalité, il ne saurait être considéré comme la source de l'absence de terrain disponible dans la zone P-3. La cause de celle-ci se retrouve dans le refus des propriétaires des terrains situés dans ce secteur de les céder aux appelants. Ils ajoutent qu'il n'incombe à la municipalité aucune obligation positive de préserver la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*. Raisonant dans ce sens, ils concluent que la municipalité n'a pas l'obligation d'assurer aux différentes communautés religieuses un lieu de culte sur son territoire. Les juges majoritaires rejettent donc le pourvoi.

Robert C.J.Q., dissenting, would have allowed the appeal. In his view, the trial judge had correctly concluded that, pursuant to the zoning by-law, places of worship could be built only in Zone P-3 and that the by-law would have to be amended to allow the construction of such facilities in other zones, such as Zone C-3.

However, the Chief Justice felt that the trial judge had made a palpable and overriding error in assessing the facts with respect to the availability of lots in Zone P-3. In his view, the Superior Court made an initial error of this nature in assessing the evidence relating to the availability of the "island lot". The island was in fact too small for the appellants' construction plans, because a strip of land varying between 10 and 15 metres in width had been set aside to protect the river banks. Moreover, the island's access road would be insufficient for a traffic volume of 40 to 50 vehicles. At any rate, the appellants had been told that the land was not for sale. Robert C.J.Q. was also of the opinion that the burden placed on the appellants as regards their dealings with Ms. Jolicoeur to purchase her land was excessive. In his view, the evidence did not support a finding that she was in fact prepared to sell the portion of her land located behind the Pavillon Ste-Marie. He therefore was of the view that no land was available in Zone P-3 for the construction of the appellants' place of worship. As I have already mentioned, the majority accepted this finding of fact.

Unlike the majority, Robert C.J.Q. held that the application of the zoning by-law infringed the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, as it made it impossible for the appellants to build a place of worship. The municipality was therefore under a duty to make a reasonable effort to accommodate the appellants. It should have amended its zoning by-law at that time to allow the place of worship to be built in another zone within its boundaries.

À l'inverse, le juge en chef Robert, dissident, accueillerait le pourvoi. À son avis, le juge de première instance a eu raison de reconnaître qu'en vertu du règlement de zonage, la construction des lieux de culte ne peut se faire que dans la zone P-3 et qu'une modification au règlement est donc nécessaire pour construire un tel lieu dans une autre zone, telle la zone C-3.

Le Juge en chef estime ensuite que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante dans son appréciation des faits quant à la disponibilité des terrains dans la zone P-3. À son avis, la Cour supérieure a commis une première erreur de cette nature dans l'appréciation de la preuve relative à la disponibilité du « terrain des îles ». En effet, en raison de l'existence de la bande de protection des rives, dont la largeur varie de 10 à 15 mètres, l'île est trop petite pour qu'on y bâtit la construction projetée par les appelants. De plus, le chemin d'accès à l'île n'est pas praticable pour un volume de circulation de 40 à 50 voitures. Enfin, les appelants ont été informés, de toute façon, que ce terrain n'était pas à vendre. Le juge en chef Robert exprime en outre l'opinion que le fardeau imposé aux appelants dans leurs démarches auprès de M^{me} Jolicoeur pour l'acquisition de son terrain est trop lourd. Selon lui, la preuve ne permet pas de conclure que cette propriétaire est effectivement prête à vendre la partie de son terrain située à l'arrière du Pavillon Ste-Marie. Ainsi, dans son esprit, aucun terrain n'est disponible dans la zone P-3 pour la construction du lieu de culte des appelants. Comme je l'ai précisé précédemment, les juges majoritaires acceptent cette conclusion de fait.

Contrairement aux juges de la majorité, le juge en chef Robert décide que l'application du règlement de zonage viole la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*, car elle rend impossible la construction du lieu de culte des appelants. La municipalité est alors tenue à l'exécution d'une obligation d'accommodement raisonnable envers les appelants. Elle aurait dû dès lors modifier son règlement de zonage, pour permettre l'installation du lieu de culte dans une autre zone de son territoire.

48

49

50

51

In the dissenting judge's opinion, this infringement of the appellants' right to freedom of religion should be remedied by granting the appellants a constitutional exemption from the zoning by-law. This form of remedy would make it unnecessary to amend the zoning by-law. An amendment would require the application of the *ALUPD* which would entail the risks inherent in its process for approval by way of referendum. Robert C.J.Q. therefore would have ordered the municipality to issue a building permit to the appellants for the construction of their place of worship on the lot they had acquired in Zone C-3.

IV. Leave to Appeal to the Supreme Court and Constitutional Questions Stated by the Court

52

Leave to appeal to this Court was granted on April 10, 2003: [2003] 1 S.C.R. viii. The appellants then asked the Court to state the constitutional questions raised in this case in relation to the process for approving amendments to by-laws by way of referendum as provided for in ss. 123 to 130 and 132 *ALUPD*. On June 5, 2003, the following questions were stated:

1. Do ss. 123 to 130 and 132 of the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, infringe the right to freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 123 to 130 and 132 of the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, infringe the right to equality without discrimination guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Selon le juge dissident, cette atteinte au droit à la liberté de religion des appelants doit être réparée, en leur accordant une exemption constitutionnelle à l'égard de l'application du règlement de zonage. Cette forme de réparation évite la nécessité de modifier le règlement de zonage. Une telle modification exigerait l'application de la *Lau* avec les risques inhérents à la procédure d'approbation référendaire qu'elle prévoit. Le juge en chef Robert est donc d'avis d'ordonner à la municipalité de délivrer un permis de construction aux appelants pour l'édifice de leur lieu de culte sur le terrain qu'ils ont acquis dans la zone C-3.

IV. Autorisation d'appel en Cour suprême et questions constitutionnelles formulées par la Cour

Le 10 avril 2003, l'autorisation d'appel devant notre Cour fut accordée : [2003] 1 R.C.S. viii. Les appelants ont alors demandé à notre Cour de formuler les questions constitutionnelles qui se posent dans le litige relativement à la procédure d'approbation référendaire d'une modification réglementaire prévue aux art. 123 à 130 et 132 *Lau*. Le 5 juin 2003, les questions suivantes furent ainsi formulées :

1. Les articles 123 à 130 et 132 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, portent-ils atteinte au droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les articles 123 à 130 et 132 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, portent-ils atteinte au droit à l'égalité, indépendamment de toute discrimination, garanti par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Constitutional and Legislative Framework

The constitutional and legislative provisions applicable to this case can be found in the appendix to these reasons.

VI. Issues

The dispute now before this Court raises four main issues. First, it must be determined whether the Court of Appeal erred in varying the trial judge's findings of fact regarding the availability of lots in Zone P-3. The next question is whether the wording of the municipality's zoning by-law and the municipality's refusal to amend it infringe the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. It would also have been possible to consider whether the right to freedom of religion guaranteed by s. 3 of the *Quebec Charter* had been violated. Although the appellants alleged such a violation in their legal proceedings, the debate between the parties centred on the interpretation and application of the Canadian *Charter*, so the analysis will be limited to the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the Canadian *Charter*. If it is found that this fundamental freedom has been infringed, appropriate remedies will have to be selected. In this analysis, the constitutional questions stated by this Court will have to be answered. Finally, although the issue was not directly argued by the appellants, I believe it is important to comment, in an administrative law context, on whether the municipality is under an obligation to provide the appellants with reasons for its decisions not to amend its zoning by-law and, if so, to what extent.

VII. Analysis

A. *Interpretation of the Zoning By-law*

Before I begin my analysis of the four issues, I should mention that I cannot accept the appellants' submission that a liberal construction of the zoning by-law would lead to the conclusion that it authorizes the establishment of places of worship in Zone C-3. This submission is based on the wording of s. 2.2.3.3 of the zoning by-law,

V. Cadre constitutionnel et législatif

Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes ont été insérées dans l'annexe suivant les présents motifs.

VI. Questions en litige

Le litige dont notre Cour est maintenant saisie comporte quatre questions principales. Il faut d'abord examiner si la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance quant à la disponibilité des terrains dans la zone P-3. On doit ensuite déterminer si la rédaction du règlement de zonage de la municipalité et le refus de celle-ci de le modifier portent atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Il aurait aussi été possible d'étudier si le droit à la liberté de religion protégé par l'art. 3 de la *Charte québécoise* a été violé. Bien que les appelants aient allégué une telle violation dans leurs procédures judiciaires, le débat entre les parties a été structuré autour de l'interprétation et de l'application de la *Charte* canadienne. Seule la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de cette charte sera donc analysée. En cas d'atteinte à cette liberté fondamentale, il faudra choisir les réparations appropriées. Dans cette analyse, il faudra répondre aux questions constitutionnelles formulées par notre Cour. Enfin, bien que cette question n'ait pas été directement développée par les appelants, il me semble important de commenter, dans un contexte de droit administratif, l'existence et la portée d'une obligation pour la municipalité de fournir des motifs aux appelants au sujet de ses décisions de ne pas modifier son règlement de zonage.

VII. Analyse

A. *L'interprétation du règlement de zonage*

Toutefois, avant d'analyser les quatre questions en litige, je tenais à préciser que je ne peux retenir le moyen des appelants selon lequel une interprétation libérale du règlement de zonage permettrait de conclure qu'il autorise l'implantation de lieux de culte dans la zone C-3. Cette prétention se fonde sur le libellé de l'art. 2.2.3.3 du règlement

53

54

55

which sets out the uses authorized for Zone C-3, namely [TRANSLATION] “uses in the nature of sales and service”, including, “but . . . not limited to, the establishments listed below and establishments of a similar nature”; included in the list are “Commercial 2 (local)” uses, which, according to s. 2.2.3.2, include “social clubs”. The appellants argue that, since the list of authorized uses is not exhaustive, and since places of worship are similar in nature to social clubs, it follows that the establishment of places of worship is permitted in Zone C-3.

56

Under s. 113(3) *ALUPD*, municipalities have the authority to prohibit particular uses in specific zones within their boundaries. In principle, a municipality may implicitly prohibit certain uses by listing the authorized uses for a zone (*Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), at p. 883). Thus, a municipality that lists the permitted uses for a zone automatically excludes any use not on the list (*Orford (Canton) v. Fonds de placement Hamel inc.*, [1995] Q.J. No. 2260 (QL) (Sup. Ct.)). The appellants contend that this principle does not apply to s. 2.2.3.3 of the zoning by-law, because the municipality has clearly stated that the list of authorized uses is not exhaustive. As pointed out by the dissenting member of the Court of Appeal, this contention cannot be accepted in relation to this by-law because of the *ejusdem generis* rule of interpretation, according to which a generic term that completes an enumeration must be interpreted in light of the genus of the other terms. In the case at bar, the provisions relating to Zone C-3 concern commercial uses. In this context, a “social club” cannot therefore be interpreted as being similar in nature to a place of worship.

57

In my opinion, therefore, the municipal by-law permits the establishment of places of worship only in Zone P-3. Having said this, I will now turn to the analysis of the issues.

de zonage, qui précise les usages autorisés dans la zone C-3, c’est-à-dire les « usages des types vente et service » et « de manière non limitative, les établissements mentionnés dans la liste ci-dessous ou s’apparentant à ceux-ci » notamment les usages de la classe « Commerce 2 (quartier) » qui, selon l’art. 2.2.3.2, incluent les « clubs sociaux ». Selon les appelants, comme la liste des usages autorisés n’est pas limitative et puisque les lieux de culte s’apparentent à des clubs sociaux, il s’ensuivrait que l’implantation des lieux de culte est permise dans la zone C-3.

En vertu du par. 113(3) *Lau*, une municipalité a le pouvoir de prohiber des usages particuliers dans certaines zones de son territoire. En principe, une municipalité peut prohiber implicitement certains usages par une énumération d’usages autorisés dans une zone (*Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), p. 883). Ainsi, une municipalité qui énumère les usages permis dans une zone exclut par le fait même les usages non énumérés (*Orford (Canton) c. Fonds de placement Hamel inc.*, [1995] A.Q. n° 2260 (QL) (C.S.)). Les appelants prétendent que ce principe ne peut s’appliquer à l’égard de l’art. 2.2.3.3 du règlement de zonage, car la municipalité a clairement précisé que la liste des usages autorisés n’est pas exhaustive. Comme l’a souligné le juge dissident de la Cour d’appel, cette prétention ne peut être retenue, dans le contexte de ce règlement, en raison du principe d’interprétation *ejusdem generis*, selon lequel un terme générique qui complète une énumération doit être interprété en fonction du genre des autres termes. En l’espèce, la réglementation relative à la zone C-3 prévoit des usages commerciaux. Dans ce cadre, par conséquent, l’usage « club social » ne peut être interprété comme s’apparentant à l’affectation à un lieu de culte.

J’estime donc qu’en vertu du règlement municipal, l’implantation des lieux de culte n’est permise que dans la zone P-3. Cette précision apportée, j’aborde maintenant l’analyse des questions en litige.

B. *Did the Court of Appeal Err in Varying the Trial Judge's Findings of Fact?*

The Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge had made an overriding error in assessing the evidence relating to the availability of certain lots in Zone P-3. Contrary to the trial judge's finding, the Court of Appeal acknowledged that no lots were available in this zone for the appellants to build their place of worship. Although I agree with the Court of Appeal that the "island lot" was not available for the construction of the appellants' place of worship, I respectfully consider its conclusion regarding Ms. Jolicoeur's lot to be wrong. It reached that conclusion by means of an impermissible interference with the trial judge's assessment of the facts and even with his assessment of certain witnesses' credibility. Consequently, the trial judge's findings of fact with respect to the availability of this lot should be restored.

According to the principles restated by this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, an appellate court may not review the findings of fact of a trial court unless the trial court has made a palpable, serious and overriding error. This duty of deference is particularly strong in respect of the assessment of witnesses' credibility. In the case at bar, as Robert C.J.Q. concluded, the trial judge made a reviewable error with respect to the availability of the "island lot". The trial judge clearly failed to take into account the consequences of the strip along the river bank and of the narrowness of the bridge providing access to the island.

Robert C.J.Q. also faulted the trial judge for making a palpable and overriding error regarding the availability of the lot belonging to Ms. Jolicoeur. His opinion on this point can be found in particular in the following comments from his reasons, at paras. 76-77:

[TRANSLATION] In my view, there was no need for the appellants to make a formal offer to purchase.

B. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance?*

La Cour d'appel a unanimement conclu que le juge de première instance avait commis une erreur déterminante dans l'appréciation de la preuve relativement à la disponibilité de certains terrains dans la zone P-3. Contrairement au juge de première instance, la Cour d'appel a ainsi admis qu'aucun terrain n'était disponible pour la construction du lieu de culte des appelants dans cette zone. Bien que je sois d'accord avec l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le « terrain des îles » n'était pas disponible pour la construction du lieu de culte des appelants, j'estime, en toute déférence, que la conclusion relative au terrain de M^{me} Jolicoeur est mal fondée. Elle résulte, en effet, d'une intervention inadmissible à l'égard de l'appréciation des faits par le juge du procès et même de l'évaluation de la crédibilité de certains témoins. En conséquence, la conclusion de fait du juge de première instance relative à la disponibilité de ce terrain devrait être rétablie.

En effet, selon les principes rappelés par notre Cour dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, une cour d'appel ne peut réviser les conclusions de fait du tribunal de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste, grave et dominante. Cette obligation de déférence est particulièrement intense quant à l'appréciation de la crédibilité des témoins. En l'espèce, comme l'a conclu le juge en chef Robert, le juge de première instance a commis une erreur révisable quant à la disponibilité du « terrain des îles ». En effet, le juge de première instance a clairement omis de tenir compte des conséquences de la présence de la bande riveraine et de l'étroitesse du pont donnant accès à l'île.

Toutefois, le juge en chef Robert reproche au juge de première instance une erreur manifeste et dominante relativement à la disponibilité du terrain de M^{me} Jolicoeur. Son opinion sur le sujet ressort particulièrement des commentaires suivants dans ses motifs, aux par. 76-77 :

À mon point de vue, il n'était pas nécessaire pour les appelants d'expédier une offre d'achat formelle. Le

58

59

60

Ms. Jolicoeur's disinterest, coupled with the uncontradicted statement that the Secretary-Treasurer had asked her not to sell to the Jehovah's Witnesses, led the appellants to believe in good faith that the lot was not available.

Furthermore, Ms. Jolicoeur's testimony five years after the fact to the effect that the lot was available in 1992 and 1993 and was still available in 1998 is surprising, to say the least. Her version of the facts is contradicted by her conduct throughout the years in question. The judge, in preferring her version, made a palpable and overriding error, particularly in attributing a hidden motive to the appellants, one not supported by the evidence, namely that they wanted a lot that was located near a major thoroughfare.

61. With respect, I do not believe that, on this point, the trial judge made a palpable and overriding error within the meaning of the case law of this Court. Dubois J. stated in his reasons for judgment that one of the appellants' representatives, Mr. Biagioni, testified that Ms. Jolicoeur had shown a marked disinterest in selling her property, that the Secretary-Treasurer of the municipality, a certain Mr. Campbell, had told her not to sell the lot to the Jehovah's Witnesses, and that she had not replied to the appellants' letters. The trial judge acknowledged that Ms. Jolicoeur's testimony was consistent with that of Mr. Biagioni in that she admitted that she had neither returned the appellants' calls nor responded to their letters. However, Dubois J. noted that the two witnesses contradicted each other on one specific and important point. Contrary to what Mr. Biagioni had said, Ms. Jolicoeur stated that Mr. Campbell had not called her to recommend that she not sell to the Jehovah's Witnesses, but to ask her why she had refused to sell them her land. She added that the appellants wanted to buy a portion of her land that was not for sale, that is, the one on the main road where the Pavillon Ste-Marie is located. She testified that she had offered to sell the back portion of her land to the appellants, but that they were not interested. Faced with this contradiction between the two witnesses, the trial judge found Ms. Jolicoeur to be more credible and preferred her version of the facts to Mr. Biagioni's version. Dubois J. therefore held that [TRANSLATION] "Ms. Jolicoeur's testimony cannot be discounted, and her land in Zone P-3 was available in 1992 and 1993

désintéressement de M^{me} Jolicoeur, couplé à l'affirmation non contredite que le secrétaire-trésorier lui avait dit de ne pas vendre aux Témoins de Jéhovah, permettait aux appelants de conclure de bonne foi que le terrain n'était pas disponible.

De plus, le témoignage de M^{me} Jolicoeur, cinq ans après les événements, que son terrain était disponible en 1992, 1993 et qu'il l'est encore en 1998 est pour le moins étonnant. Sa version des faits est contredite par son comportement tout au long des années pertinentes. Le juge, en préférant sa version, a commis une erreur manifeste et déterminante, surtout en imputant aux appelants un motif secret non révélé par la preuve qu'ils voulaient un terrain situé près d'une grande artère.

Avec égards, je ne crois pas que le premier juge ait commis là une erreur manifeste et dominante au sens de la jurisprudence de notre Cour. En effet, le juge Dubois a précisé dans ses motifs que l'un des représentants des appelants, M. Biagioni, a témoigné que M^{me} Jolicoeur avait affiché une attitude de désintéressement par rapport à la vente de son terrain, que le secrétaire-trésorier de la municipalité, un dénommé Campbell, lui aurait dit de ne pas vendre son terrain aux témoins de Jéhovah et qu'elle n'avait pas répondu aux lettres de ceux-ci. Le premier juge a reconnu que le témoignage de M^{me} Jolicoeur recoupait celui de M. Biagioni, en ce qu'elle avait admis qu'elle n'avait pas retourné les appels des appelants et qu'elle n'avait pas répondu à leurs lettres. Il souligne toutefois une divergence entre les deux témoignages sur un point précis et important. Contrairement à M. Biagioni, M^{me} Jolicoeur a affirmé que l'appel reçu de M. Campbell n'avait pas pour but de lui recommander de ne pas vendre aux témoins de Jéhovah, mais plutôt de lui demander la raison pour laquelle elle avait refusé de leur vendre son terrain. M^{me} Jolicoeur a alors ajouté que les appelants voulaient acheter la parcelle de son terrain qui n'était pas à vendre, soit celle qui donne sur l'artère principale où est situé le Pavillon Ste-Marie. Selon son témoignage, elle avait alors offert de céder aux appelants la partie arrière de son terrain, mais ces derniers n'étaient pas intéressés à l'acquérir. Face à ces deux témoignages contradictoires, le juge de première instance a conclu que M^{me} Jolicoeur était crédible et qu'il préférait sa version des faits à celle de M. Biagioni. Le juge Dubois a ainsi conclu

and remains so to this day in 1998” (p. 29 of the full text). Thus, the trial judge addressed the issue of the witnesses’ credibility. There was no need for the Court of Appeal to reassess the evidence heard by the trial judge to determine if this conclusion was reasonable. Absent a palpable error, the Court of Appeal should have deferred to the trial judge’s finding of fact. Since this finding was valid, it should not have been varied by the Court of Appeal.

In these circumstances, since there was no valid reason for reviewing the trial judge’s findings of fact, it is necessary to analyse the parties’ submissions starting from the premise that at least one parcel of land in Zone P-3, the one that Ms. Jolicoeur owned behind the Pavillon Ste-Marie, remained available as a site for the appellants’ place of worship. In my view, this finding of fact would justify dismissing the appellants’ application from the outset, since it precludes a conclusion that the respondent infringed the appellants’ constitutional guarantee of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*, as we will now see.

C. *Was There an Infringement of the Freedom of Religion Guaranteed by Section 2(a) of the Charter?*

Before I address the question of freedom of religion, it should be noted that the municipality’s zoning by-law did not prohibit the “place of worship” use everywhere within its boundaries; rather, it permitted this use in a specified zone. Therefore, the by-law cannot be considered prohibitive as defined by the courts (*Saint-Michel-Archange, supra*, at p. 882; J. L’Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), t. II, pp. 316-17, at para. 606). The wording of the by-law leaves room for the exercise of freedom of worship. We must now determine whether the room it leaves is consistent with the constitutional requirements of the *Charter*.

que « le témoignage de madame Jolicoeur ne peut pas être mis de côté et son terrain dans la zone P-3 était disponible en 1992 et 1993 et l’est aujourd’hui en 1998 » (p. 29 du texte intégral). Le juge a donc tranché une question de crédibilité des témoins. La Cour d’appel n’avait pas à analyser une seconde fois la preuve qui fut faite devant le premier juge afin de déterminer si cette conclusion était raisonnable. En l’absence d’erreur évidente, la Cour d’appel aurait dû faire preuve de déférence à l’égard de la conclusion de fait du juge de première instance. Cette conclusion était bien fondée et, par conséquent, elle n’aurait pas dû être modifiée par la Cour d’appel.

Dans ces conditions, en l’absence de motif valable de révision de ces constatations de faits du juge du procès, il faut analyser les prétentions des parties en retenant comme prémisse qu’au moins un terrain compris dans la zone P-3 demeurerait disponible pour la construction du lieu de culte des appelants, soit celui appartenant à M^{me} Jolicoeur, situé à l’arrière du Pavillon Ste-Marie. À mon avis, dès le départ, cette constatation de fait justifie le rejet de la demande des appelants, puisqu’elle interdit toute conclusion que l’intimée a porté atteinte à la garantie constitutionnelle de liberté de religion dont les appelants bénéficient en vertu de l’al. 2a) de la *Charte*, comme nous le verrons maintenant.

C. *Y a-t-il eu atteinte à la liberté de religion garantie par l’alinéa 2a) de la Charte?*

Avant d’aborder la question de la liberté de religion, il convient de rappeler que le règlement de zonage de la municipalité n’interdit pas l’usage « édifices de culte » sur l’ensemble du territoire de la municipalité, mais le permet dans une zone déterminée. Il ne peut donc pas être considéré comme prohibitif au sens de la jurisprudence (*Saint-Michel-Archange, précité*, p. 882; J. L’Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), t. II, p. 316-317, par. 606). La rédaction de ce règlement fait donc une place à l’exercice de la liberté de culte. Il faut maintenant déterminer si cette place respecte les exigences constitutionnelles établies par la *Charte*.

64

Freedom of religion is a fundamental right and represents a major triumph of our democratic society. The philosophical and political values underpinning Canadian democracy recognize the need to respect the diverse opinions and beliefs that guide the consciences and give direction to the lives of all members of our society. It is because of the crucial importance of this fundamental right that this Court decided it was essential to give it a liberal interpretation in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.

65

The concept of freedom of religion, which is not strictly limited to the above definition, includes a positive aspect, that is, the right to believe or not believe what one chooses, to declare one's beliefs openly, and to practice one's religion in accordance with its tenets. This positive aspect also includes the right to proselytize, that is, to teach and disseminate one's beliefs. Freedom of religion also has a negative aspect, that is, the right not to be compelled to belong to a particular religion or to act in a manner contrary to one's religious beliefs (J. Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325, at p. 371). This fundamental freedom imposes on the state and public authorities, in relation to all religions and citizens, a duty of religious neutrality that assures individual or collective tolerance, thereby safeguarding the dignity of every individual and ensuring equality for all.

66

The duty of neutrality appeared at the end of a long evolutionary process that is part of the history of many countries that now share Western democratic traditions. Canada's history provides one example of this experience, which made it possible for the ties between church and state to be

La liberté de religion représente un droit fondamental et une conquête essentielle de notre société démocratique. Les valeurs philosophiques et politiques qui inspirent le régime démocratique du Canada reconnaissent la nécessité de respecter, dans toute leur diversité, les opinions et croyances qui guident la conscience de chacun des membres de la société et orientent la vie de ceux-ci. C'est en raison de l'importance critique de ce droit fondamental que notre Cour a jugé indispensable de lui donner une interprétation large dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336 :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.

Ce concept de liberté de religion, qui ne se limite pas strictement au cadre de cette définition, comprend, d'une part, un aspect positif, soit le droit de croire ou de ne pas croire librement, de professer ouvertement ses croyances, de pratiquer le culte religieux qui s'y rattache. Ce volet positif inclut aussi le droit au prosélytisme, c'est-à-dire celui d'enseigner et de propager ses croyances. D'autre part, la liberté de religion incorpore un aspect négatif, soit le droit de ne pas se voir contraint d'adhérer à une religion particulière ainsi que celui de ne pas être tenu d'agir d'une manière contraire à ses croyances (J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 371). Cette liberté fondamentale impose à l'État et aux pouvoirs publics une obligation envers l'ensemble des religions et des citoyens, soit une obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective, préservatrice de la dignité de chacun et de l'égalité de tous.

Cette neutralité est apparue au terme d'une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd'hui les traditions démocratiques occidentales. L'histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens

loosened, if not dissolved. There were, of course, periods when there was a close union of ecclesiastical and secular authorities in Canada. European settlers introduced to Canada a political theory according to which the social order was based on an intimate alliance of the state and a single church, which the state was expected to promote within its borders. Throughout the history of New France, the Catholic church enjoyed the status of sole state religion. After the Conquest and the Treaty of Paris, the Anglican church became the official state religion, although social realities prompted governments to give official recognition to the status and role of the Catholic church and various Protestant denominations. This sometimes official, sometimes tacit recognition, which reflected the make-up of and trends in the society of the period, often inspired legislative solutions and certain policy choices. Thus, at the time of Confederation in 1867, the concept of religious neutrality implied primarily respect for Christian denominations. One illustration of this can be seen in the constitutional rules relating to educational rights originally found, *inter alia*, in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

Since then, the appearance and growing influence of new philosophical, political and legal theories on the organization and bases of civil society have gradually led to a dissociation of the functions of church and state; Canada's demographic evolution has also had an impact on this process, as have the urbanization and industrialization of the country. Although it has not excluded religions and churches from the realm of public debate, this evolution has led us to consider the practice of religion and the choices it implies to relate more to individuals' private lives or to voluntary associations (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2nd ed. 2003), at pp. 27 and 56). These societal changes have tended to create a clear distinction between churches and public authorities, placing the state under a duty of neutrality. Our Court has recognized this aspect of freedom of religion in its decisions, although it has in so doing not disregarded the various sources of our country's historical heritage. The concept of neutrality allows churches and their members to play an important role in the public space where societal

entre l'État et les Églises. Le Canada, comme on le sait, a connu des périodes d'union étroite des pouvoirs ecclésiastiques et civils. Les colons européens introduisirent au Canada la théorie politique voulant que l'ordre social repose sur une alliance intime entre l'État et une Église particulière, que le premier devait encourager sur son territoire. Ainsi, au cours de l'histoire de la Nouvelle-France, l'Église catholique a joui du statut de seule religion d'État. Après la Conquête et le Traité de Paris, l'Église anglicane est devenue juridiquement l'Église d'État, bien que les réalités sociales aient amené les gouvernements à reconnaître officiellement le statut et le rôle de l'Église catholique et des diverses confessions protestantes. Cette reconnaissance tantôt officielle, tantôt tacite, qui correspondait à la composition et aux orientations de la société de l'époque, inspira souvent les solutions législatives et certains choix politiques. Ainsi, au moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité.

Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que de son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2^e éd. 2003), p. 27 et 56). Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats

debates take place, while the state acts as an essentially neutral intermediary in relations between the various denominations and between those denominations and civil society.

68

In this context, it is no longer the state's place to give active support to any one particular religion, if only to avoid interfering in the religious practices of the religion's members. The state must respect a variety of faiths whose values are not always easily reconciled. As this Court observed in *Big M, supra*, "[w]hat may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view" (p. 337; see also pp. 347 and 350-51). In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, this Court had occasion to restate this concern with preventing public authorities from intruding on private beliefs (at p. 759):

The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being.

The guarantee of freedom of religion set out in s. 2(a) of the *Charter* prohibits the state from compelling an individual to adopt or renounce a particular belief or to practice a particular religion. This obligation remains essentially a negative one. As a general rule, the state refrains from acting in matters relating to religion. It is limited to setting up a social and legal framework in which beliefs are respected and members of the various denominations are able to associate freely in order to exercise their freedom of worship, which is a fundamental, collective aspect of freedom of religion, and to organize their churches or communities. In this context, the principle of neutrality must be taken into account in assessing the duty of public entities, such as municipalities, to actively help religious groups.

69

A review of the various components of the concept of freedom of religion might suggest that the rights protected by s. 2(a) of the *Charter* are

sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile.

Dans ce contexte, il n'appartient plus à l'État de donner un appui actif à une religion particulière, ne serait-ce que pour éviter de s'ingérer dans la vie religieuse de ses membres. L'État est tenu au respect de confessions diverses dont les valeurs ne se concilient pas toujours aisément. Ainsi, comme le soulignait notre Cour dans l'arrêt *Big M*, précité, « [u]ne majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue » (p. 337; voir aussi p. 347 et 350-351). Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, notre Cour a eu l'occasion de souligner de nouveau ce souci d'éviter l'intervention des pouvoirs publics dans l'intimité des consciences (p. 759) :

L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent.

La liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* interdit à l'État de contraindre une personne à adopter une croyance particulière comme à y renoncer ou à pratiquer une religion déterminée. Cette obligation conserve un caractère essentiellement négatif. En règle générale, l'État s'abstient d'agir sur le plan religieux. Il lui appartient tout au plus de mettre en place un cadre social et juridique où les consciences seront respectées et où les membres des diverses confessions pourront s'associer pour exercer la liberté de culte qui exprime un aspect collectif fondamental de la liberté de religion et pour organiser leurs Églises ou leurs communautés. Dans ce contexte, le principe de neutralité devra être pris en compte pour apprécier l'obligation des corps publics, telles les municipalités, d'assister activement les groupes religieux.

L'examen des différentes composantes du concept de la liberté de religion pourrait laisser croire que les droits protégés par l'al. 2a) de la *Charte*

absolute, but such is not the case. This freedom is limited by the rights and freedoms of others. The diversity of opinions and convictions requires mutual tolerance and respect for others. Freedom of religion is also subject to limits necessary “to protect public safety, order, health, or morals . . .” (*Big M, supra*, at p. 337; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 72; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 29). This Court has stressed that, in order to prove a violation of freedom of religion, it must be shown that the interference with the religious belief or practice in question is not trivial or insubstantial. Thus, churches and their members are not exempted from making any effort, or even sacrifice, *inter alia* in the exercise of their freedom of worship:

The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per Wilson J.* at p. 314.

(*Edwards Books, supra*, at p. 759)

I concluded above that the trial judge’s findings of fact regarding the availability of certain lots in Zone P-3 and, more specifically, of the one belonging to Ms. Jolicoeur, should be restored in this case. As this lot should have been considered available, the appellants cannot complain that the zoning by-law, by making it impossible for them to establish a place of worship in the municipality, violates their freedom of religion. The appellants could in fact have built a Kingdom Hall, on Ms. Jolicoeur’s lot at least, had they come to an agreement with her.

As the municipality is required to be neutral in matters of religion, its by-laws must be structured

sont absolus, mais tel n’est pas le cas. En effet, cette liberté est limitée par les droits et libertés des autres. La diversité des opinions et des convictions exige la tolérance mutuelle et le respect d’autrui. La liberté de religion est aussi sujette aux limites nécessaires afin de « préserver la sécurité, l’ordre, la santé ou les mœurs publics . . . » (*Big M*, précité, p. 337; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29). Enfin, notre Cour a mis en évidence qu’avant de conclure à une violation de la liberté de religion, il faut démontrer que l’atteinte à la pratique ou à la croyance religieuse n’est pas insignifiante ou négligeable. Ainsi, les Églises et leurs membres ne sont pas dispensés de tout effort, voire de tout sacrifice, notamment pour l’exercice de la liberté de culte :

La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d’ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu’un fardeau ou un coût imposé par l’État soit interdit par l’al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l’action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n’est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant : voir à ce sujet l’arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314.

(*Edwards Books*, précité, p. 759)

J’ai conclu précédemment que la conclusion de fait du juge de première instance relativement à la disponibilité de certains terrains dans la zone P-3, et plus particulièrement du terrain de M^{me} Jolicoeur, devait être rétablie en l’espèce. Comme ce terrain doit être considéré comme disponible, les appellants ne peuvent pas se plaindre que le règlement de zonage contrevient à leur liberté de religion parce qu’il les placerait dans l’impossibilité d’implanter leur lieu de culte dans la municipalité. Ces derniers peuvent effectivement construire leur Salle du Royaume, du moins sur le terrain de M^{me} Jolicoeur, dans la mesure où ils s’entendent avec elle.

La municipalité, tenue de faire preuve de neutralité religieuse, doit veiller à aménager sa

in such a way as to avoid placing unnecessary obstacles in the way of the exercise of religious freedoms. However, it does not have to provide assistance of any kind to religious groups or actively help them resolve any difficulties they might encounter in their negotiations with third parties in relation to plans to establish a place of worship. In the case at bar, the municipality did not have to provide the appellants with access to a lot that corresponded better to their selection criteria. Such assistance would be incompatible with the municipality's duty of neutrality in that the municipality would be manipulating its regulatory standards in favour of a particular religion. Such support for a religious group could jeopardize the neutrality the municipality must adopt toward all such groups. Moreover, as this Court stated in *Edwards Books*, "[s]ection 2(a) does not require the legislatures to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion" (p. 759). Although the very nature of the zoning by-law means that the appellants do not have absolute freedom to choose the location of their place of worship, this limit is necessary to protect safety and order, and ensure proper land use, in the municipality and does not constitute a violation of freedom of religion. Neither the purpose nor the effect of this by-law has been to infringe the appellants' freedom of religion.

réglementation afin d'éviter d'imposer des obstacles inutiles à l'exercice des libertés religieuses. Elle n'a cependant pas à fournir une assistance quelconque aux différents groupes religieux ni à les aider activement à régler toutes les difficultés qu'ils peuvent éprouver dans leurs négociations avec des tiers pour implanter un lieu de culte. Ainsi, en l'espèce, la municipalité n'avait pas à assurer aux appelants l'accès à un terrain qui correspondait davantage à leurs critères de sélection. Une telle aide serait incompatible avec son obligation de neutralité, car elle signifierait que la municipalité manipulerait ses normes réglementaires en faveur d'une religion particulière. Un tel appui donné à un groupe religieux pourrait donc porter atteinte à la neutralité nécessaire à l'égard de tous. De plus, de la même manière que cette Cour l'a précisé dans l'arrêt *Edwards Books*, « [l']alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion » (p. 759). En outre, bien que le règlement de zonage par sa nature même ne laisse pas aux appelants une liberté absolue de choisir l'emplacement de leur lieu de culte, cette limite est nécessaire à la préservation de la sécurité et de l'ordre au sein de la municipalité et au bon usage de son territoire et ne constitue pas une violation de la liberté de religion. Ni le règlement, ni son application n'ont eu pour but ou pour effet de porter atteinte à la liberté de religion des appelants.

72

Since at least one lot remains available in Zone P-3 for the construction of their place of worship, the appellants must comply with the municipality's zoning by-law and build their place of worship in that zone, where such a use is authorized. Their religious beliefs and practices do not exempt them from complying with municipal by-laws. For this reason, I would dismiss the appeal. Having reached this conclusion, I could end my analysis here. However, for the sake of discussion only, and because of the nature of the debate that has taken place in the Quebec courts and in this Court and the importance of the constitutional issues raised, I propose to go on to review the parties' positions based on a different, fictitious premise. I will now consider what the legal consequences would have been had the evidence

Comme au moins un terrain restait disponible dans la zone P-3 pour la construction de leur lieu de culte, les appelants doivent se conformer au règlement de zonage de la municipalité et construire leur lieu de culte dans cette zone où l'usage est autorisé. Leurs croyances et pratiques religieuses ne les exemptent alors pas de se conformer à la réglementation municipale. Le pourvoi doit en conséquence être rejeté. En raison de la conclusion à laquelle j'arrive, l'analyse pourrait se terminer ici. Cependant, pour fins de discussion seulement, à cause de la nature des débats qui ont eu lieu devant les tribunaux du Québec et devant notre Cour et de l'importance des problèmes constitutionnels qu'ils soulèvent, je propose de procéder à l'étude de la position des parties en partant d'une autre prémisse

shown that no land was available in Zone P-3 for the appellants to establish a place of worship.

D. Hypothetical Situation in Which No Land Was Available in Zone P-3

The appellants submit that, because no land is available in Zone P-3, the zoning by-law, as it is drafted, combined with the municipality's refusal to amend it, constitutes an infringement of their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. If no land were in fact available, I would agree with them. Thus, under the zoning by-law, places of worship may be established only in Zone P-3, but no land would be available there. The appellants would therefore be unable to build their place of worship anywhere within the boundaries of the municipality. Freedom of religion includes the right to have a place of worship. Generally speaking, the establishment of a place of worship is necessary to the practice of a religion. Such facilities allow individuals to declare their religious beliefs, to manifest them and, quite simply, to practise their religion by worship, as well as to teach or disseminate it. In short, the construction of a place of worship is an integral part of the freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

In the case at bar, the appellants have shown that their Kingdom Hall, a place of prayer and contemplation that serves as a venue for weddings and funerals, is necessary to the manifestation of their religious faith. They should therefore be free to establish such a facility within the boundaries of the municipality. If no land were available in Zone P-3, they would be prevented from doing so, in which case they would be unable to practise their religion, and their freedom guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* would be infringed accordingly.

Contrary to the conclusion of the majority of the Court of Appeal, I believe this infringement would not be solely attributable to the property owners who had refused to sell their land in Zone P-3 to the appellants. Our Court has stated that "the contribution of private actors to a violation of

fictive. J'examinerai maintenant les conséquences juridiques de l'absence de terrain disponible dans la zone P-3 pour l'implantation du lieu de culte des appelants, si la preuve établissait ce fait.

D. L'hypothèse de l'absence de terrain disponible dans la zone P-3

Les appelants plaident qu'en raison de l'absence de terrain disponible dans la zone P-3, la rédaction du règlement de zonage combinée avec le refus de la municipalité de le modifier constitue une atteinte à leur liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*. Dans cette hypothèse, je serais d'accord avec eux. En effet, en vertu du règlement de zonage, les lieux de culte ne peuvent être implantés que dans la zone P-3, mais aucun terrain ne serait disponible dans cette zone. Les appelants se trouveraient dès lors dans l'impossibilité de construire leur lieu de culte sur l'ensemble du territoire de la municipalité. Or, la liberté de religion inclut le droit de bénéficier d'un lieu de culte. En effet, généralement, l'établissement d'un lieu de culte est nécessaire à la mise en œuvre d'une religion. Ces lieux permettent de professer les croyances religieuses, de les manifester, de pratiquer la religion par le culte, tout simplement et, enfin, de l'enseigner ou de la propager. Bref, la construction d'un lieu de culte fait partie intégrante de la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*.

En l'espèce, les appelants ont démontré que leur Salle du Royaume, qui est un lieu de prière et de recueillement où l'on célèbre les mariages et les funérailles, est nécessaire à la manifestation de leur foi religieuse. Ils devraient donc être libres d'implanter un tel lieu sur le territoire de la municipalité. L'absence de terrain disponible dans la zone P-3 les en empêchant, ils se retrouveraient alors dans l'impossibilité d'exercer leur religion, et leur liberté garantie par l'al. 2a) de la *Charte* en serait d'autant atteinte.

Contrairement à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel, j'estime que cette atteinte ne serait pas strictement imputable aux propriétaires qui refusent de vendre leurs terrains situés dans la zone P-3 aux appelants. En effet, notre Cour a déjà souligné que « la participation de personnes

73

74

75

fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review; rather, such contributions should be considered part of the factual context in which legislation is reviewed” (*Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, at para. 26). Thus, the infringement of the appellants’ freedom of religion would result not from the existence of the zoning by-law, but from the refusal to adapt it to evolving community needs in a situation in which no land was available in the zone set aside for the establishment of places of worship.

privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l’État à l’abri d’un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*; cette participation doit être considérée comme un élément du contexte factuel dans lequel la loi est examinée » (*Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par. 26). Ainsi, l’atteinte à la liberté de religion des appelants résulterait non pas de l’existence du règlement de zonage, mais plutôt du refus de l’adapter à l’évolution des besoins collectifs dans une situation de fait où aucun terrain n’est disponible dans la zone prévue pour l’établissement des lieux de culte.

76

The problem consists in identifying cases in which it will be possible to require the municipality to amend its zoning by-law while respecting its duty of neutrality. As a general rule, the *Charter* does not require the state to take positive steps in support of the exercise of the fundamental freedoms provided for in s. 2(a) of the *Charter*. The principle of neutrality discussed above means that the state must even refrain from implementing measures that could favour one religion over another or that might simply have the effect of imposing one particular religion. However, there may be situations in which an absolute application of this principle unduly restricts the free exercise of religion. In some cases, an inflexible application of the principle of neutrality that fails to take the circumstances into account may prove to be inconsistent with the right to the free exercise of religion. In this regard, Professor Woehrling observed that [TRANSLATION] “the two constituent principles of freedom of religion — free exercise and state neutrality — must be regarded as mutually limiting, since giving the broadest scope to one will inevitably negate the other” (Woehrling, *supra*, at p. 379).

La difficulté à résoudre se situe alors au niveau de l’identification des cas où il sera possible d’exiger de la municipalité qu’elle modifie son règlement de zonage, tout en respectant son obligation de neutralité. En effet, en règle générale, la *Charte* n’oblige pas l’État à prendre des mesures positives pour assurer l’exercice des libertés fondamentales prévues à l’al. 2a) de la *Charte*. En vertu du principe de neutralité décrit ci-haut, l’État doit même s’abstenir de prendre une mesure qui pourrait favoriser une religion au détriment d’une autre ou qui aurait simplement pour effet d’en imposer une. Cependant, une application absolue de ce principe peut parfois restreindre indûment le libre exercice de la religion. Dans certains cas, l’application sans nuance, sans souci du contexte, du principe de neutralité pourrait s’avérer incompatible avec le droit au libre exercice de la religion. À cet égard, le professeur Woehrling a bien souligné que « les deux principes constitutifs de la liberté de religion — libre exercice et neutralité de l’État — doivent être considérés comme mutuellement limitatifs, puisque le fait de donner une amplitude maximale à l’un entraînerait fatalement la négation de l’autre » (Woehrling, *loc. cit.*, p. 379).

77

Our Court has noted on numerous occasions that it is not always enough for the state to adopt a posture of restraint. The Court has recognized that, in certain exceptional circumstances, positive government action may be required to make a fundamental freedom meaningful (*Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at paras. 7

De plus, notre Cour a rappelé, à maintes reprises, qu’il n’est pas toujours suffisant pour l’État d’adopter une attitude de réserve. Elle a admis que, dans certaines circonstances exceptionnelles, une mesure gouvernementale positive pourrait s’avérer nécessaire afin de donner un sens à une liberté fondamentale (*Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*,

and 33; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1039; *Dunmore*, *supra*).

Dunmore is an example of a case in which exceptional circumstances imposed a positive obligation on the state. In *Dunmore*, Ontario's *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, excluded agricultural workers from the labour relations scheme it established. The appellants contended that this exclusion infringed their right to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. Bastarache J., writing for the majority, concluded that the total exclusion of these workers did in fact infringe their freedom of association and that a minimum level of protection had to be provided for persons employed in agriculture in Ontario. He noted that, in principle, the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter* place only a negative obligation on the state, which is only required to refrain from interfering (para. 19). However, when the state creates a situation that interferes with the exercise of a freedom, it may be required to take positive steps to put an end to the interference. In such a case, it is essential to prove that the limit complained of is related to the freedom at issue and not to access to a particular statutory scheme. In other words, it must be proven that the impugned measure makes it impossible to exercise, or at least substantially interferes with, one's freedom (para. 25). As Bastarache J. mentions, it will only be in exceptional cases that underinclusive legislation will have a substantial impact on the exercise of a fundamental freedom (para. 22).

The case at bar involves one such exceptional situation in which a posture of restraint on the municipality's part would interfere with the appellants' freedom of religion. It would be utterly impossible for the appellants to establish their place of worship within the boundaries of the municipality if no land were available in the only zone where this type of use is authorized. As it would then be impossible to practise their religion, this would constitute direct interference with their freedom of religion. This is a clear example of a case in which freedom of religion can have no real meaning unless the public

[1999] 2 R.C.S. 989, par. 7 et 33; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1039; *Dunmore*, précité).

L'arrêt *Dunmore* constitue un exemple où des circonstances exceptionnelles imposèrent une obligation positive à l'État. Dans cet arrêt, la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, excluait les travailleurs agricoles du régime des relations de travail établi par cette loi. Les appelants prétendaient que cette exclusion portait atteinte à leur droit à la liberté d'association protégé par l'al. 2d) de la *Charte*. Le juge Bastarache a conclu alors au nom de la majorité que l'exclusion totale de ces travailleurs portait effectivement atteinte à la liberté d'association et qu'une protection minimale devait être offerte aux personnes employées dans l'agriculture en Ontario. Il a souligné qu'en principe, les libertés fondamentales garanties par la *Charte* emportent seulement une obligation négative pour l'État, qui doit simplement s'abstenir d'intervenir (par. 19). Par contre, lorsque l'État crée une situation qui a pour effet d'entraver l'exercice d'une liberté, il peut alors être tenu de prendre des mesures positives pour mettre fin à cette atteinte. À cet égard, il est essentiel de prouver que la limite dont on se plaint est fondée sur la liberté qui est invoquée et non sur l'accès à un régime légal donné, c'est-à-dire que l'on doit être en mesure de prouver que la mesure contestée rend impossible, ou du moins entrave substantiellement, l'exercice de sa liberté (par. 25). Il s'agira donc seulement, comme l'a souligné le juge Bastarache, de cas exceptionnels où une loi d'application limitative aura un effet substantiel sur l'exercice d'une liberté fondamentale (par. 22).

En l'espèce, nous sommes en présence d'une de ces situations exceptionnelles où une attitude de réserve de la municipalité entraverait la liberté de religion des appelants. En effet, les appelants se trouveraient dans l'impossibilité absolue d'implanter leur lieu de culte sur le territoire de la municipalité en l'absence de terrain disponible dans la seule zone autorisant ce type d'usage. L'impossibilité d'y pratiquer leur culte créerait alors une entrave directe à leur liberté de religion. Il s'agit donc d'un exemple clair où la liberté de religion ne pourrait avoir une signification réelle sans une intervention

authorities take positive action. Since such positive action would be required, it would constitute a reasonable limit on the principle of state neutrality. Thus, for the appellants to enjoy their freedom of religion, the municipality would have to amend the by-law. This brings me to the question of the remedies that could have been available had I concluded that no land was available in Zone P-3.

E. *What Are the Appropriate Remedies?*

80

Since no infringement of a *Charter* right has been established in this case, there is nothing to remedy. However, had a violation been established, the appellants asked this Court to compel the municipality to amend its zoning by-law to allow the construction of their place of worship on the lot they acquired in Zone C-3. The appellants also asked that this amendment not be subject to the process for approving amendments by way of referendum under ss. 123 to 130 and 132 *ALUPD*, because they contend that those provisions are contrary to the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. Such a remedy could not have been granted in the circumstances of the case at bar.

81

This Court could in fact have ordered the municipality to amend its zoning by-law, but we could not have imposed on the municipality our choice of location for the establishment of the appellants' place of worship. The purpose of zoning by-laws is to organize a municipality's territory so as to protect citizens' interests and maintain order. They must be drafted in light of a large number of factors, and it is ordinarily only those with political power who are in a position to measure the impact of those factors. It would therefore have been up to the municipality to determine the zone where the appellants could establish their place of worship. In so doing, the respondent municipality would have had to take into account the restrictions resulting from the regional development plans established by the regional county municipality pursuant to the *ALUPD*. Thus, the only possible remedy that would have been appropriate was an order to the municipality to review its zoning by-law so as to

positive des pouvoirs publics. Une telle intervention positive étant nécessaire, elle constituerait alors une limite raisonnable au principe de neutralité de l'État. Ainsi, afin de permettre aux appelants de jouir de leur liberté de religion, la municipalité devrait modifier le règlement. Ceci m'amène à discuter des réparations qui auraient pu être offertes si j'avais conclu qu'aucun terrain n'était disponible dans la zone P-3.

E. *Quelles sont les réparations appropriées?*

Puisqu'en l'espèce, on n'a pas établi d'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il n'y a pas lieu à réparation. Cependant, s'il y avait eu violation de la *Charte*, les appelants demandaient à notre Cour d'obliger la municipalité à modifier son règlement de zonage afin de permettre la construction de leur lieu de culte sur le terrain qu'ils ont acquis dans la zone C-3. Ils réclamaient aussi que cette modification ne soit pas soumise à la procédure d'approbation référendaire prévue aux art. 123 à 130 et 132 *Lau*, car, prétendent-ils, ces dispositions sont contraires à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Une telle réparation n'aurait pas pu être accordée dans le contexte de la présente affaire.

En effet, notre Cour aurait pu ordonner à la municipalité de modifier son règlement de zonage, mais elle n'aurait pas pu imposer à la municipalité son choix de l'endroit où les appelants pourraient implanter leur lieu de culte. L'élaboration des règlements de zonage, qui visent à organiser le territoire municipal afin de sauvegarder les intérêts des citoyens et de maintenir l'ordre, nécessite la prise en considération de nombreux facteurs dont seul le pouvoir politique possède habituellement la capacité de mesurer l'impact. Il aurait donc appartenu à la municipalité de déterminer la zone où les appelants pourraient implanter leur lieu de culte. Ce faisant, la municipalité intimée aurait dû toutefois prendre en compte les contraintes résultant des plans d'aménagement régionaux, établis au niveau de la municipalité régionale de comté en vertu de la *Lau*. Ainsi, seul aurait été possible et approprié un ordre adressé à la municipalité de procéder au réexamen de son règlement de zonage afin de rendre accessibles aux

make land available to the appellants on which they could build their place of worship.

It would not have been appropriate to suspend the operation of the *ALUPD* and its process for approval by way of referendum. It cannot be assumed that this democratic process, which is consistent with the nature of municipal government in Canada, in any way infringes the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* or that it is considered suspect in relation to the values enshrined in the *Charter*. In the case at bar, the municipality did not draft a by-law to amend its zoning by-law, and a public meeting was not held to study such a draft by-law (ss. 125 to 127 *ALUPD*). The by-law was not submitted for the approval of the qualified voters to determine whether it would be submitted for approval by way of referendum (ss. 130 to 133 *ALUPD*), nor was a referendum held to approve the by-law to amend the zoning by-law. It cannot be assumed that residents of the municipality would look unfavourably on the Jehovah's Witnesses and that the outcome of a referendum would be negative. Thus, it would be inappropriate to declare ss. 123 to 130 and 132 *et seq.* *ALUPD* unconstitutional or to suspend, *a priori*, the operation of those provisions.

In short, if no land had been available in Zone P-3, this Court would have found an infringement of the freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter* and would have ordered the municipality to review the zoning by-law, taking into account all the interests, both public and private, at issue, in order to amend it, if necessary, to permit the appellants, as far as possible, to build their place of worship within the municipality's boundaries. However, this Court would have had no valid reason to override the democratic control mechanisms provided for in Quebec's municipal legislation with respect to zoning.

I would also note in closing that the amalgamation of municipalities has probably resulted in changes relating to zoning in the municipality, which is now part of the city of St-Jérôme. As the parties did not discuss this consequence of the

appellants des terrains où la construction de leur lieu de culte aurait été réalisable.

De plus, il n'y aurait pas eu lieu d'écarter l'application de la *Lau* et la procédure d'approbation référendaire qu'elle comporte. On ne saurait présumer que cette procédure démocratique, conforme à la nature des régimes municipaux au Canada, porte d'une quelconque manière atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* ou soit considérée comme suspecte par rapport aux valeurs consacrées par celle-ci. En l'espèce, aucun projet de modification du règlement de zonage n'a été préparé par la municipalité et aucune assemblée publique n'a été tenue afin d'examiner ce projet (art. 125 à 127 *Lau*). La procédure d'approbation par les personnes habiles à voter, qui vise à déterminer si le règlement sera soumis à la procédure d'approbation référendaire, n'a pas été engagée (art. 130 à 133 *Lau*) et le référendum afin d'approuver le règlement de modification de zonage n'a pas été tenu non plus. Il n'est donc pas possible de présumer que les membres de la municipalité seraient réticents face aux témoins de Jéhovah et que le résultat d'un possible référendum serait négatif. Il n'y a dès lors pas lieu de déclarer les art. 123 à 130 et 132 et suiv. *Lau* inconstitutionnels ni d'en écarter a priori l'application.

En somme, s'il n'y avait pas eu de terrain disponible dans la zone P-3, notre Cour aurait constaté l'atteinte à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* et elle aurait ordonné à la municipalité de réexaminer le règlement de zonage, en tenant compte de tous les intérêts en cause, publics ou privés, pour le modifier le cas échéant, de manière à permettre aux appellants, dans la mesure du possible, de construire leur lieu de culte sur le territoire municipal. Toutefois, notre Cour n'aurait eu aucune raison valable de mettre de côté les mécanismes de contrôle démocratique prévus par la législation municipale du Québec en matière de zonage.

Je note enfin que la fusion des municipalités a probablement entraîné certains changements relativement au zonage de la municipalité, qui fait maintenant partie de la ville de St-Jérôme. Les parties n'ayant pas discuté de cette conséquence du passage

82

83

84

passage of time in a case that has been going on for too long, it would have been difficult for the Court to devise an effective remedy.

F. *The Impact of Administrative Law*

85 In addition to the constitutional questions discussed so far, this appeal has administrative law implications. However, the appellants declined to base their case on the principles of administrative law, preferring to focus on their arguments based on freedom of religion. As a result, the questions of administrative law cannot form the basis of this Court's decision, although some comments are in order due to the importance of these questions.

86 In their pleadings, the appellants limited themselves to maintaining that the municipality, in refusing to amend its zoning by-law, had exercised its discretion in an unreasonable and arbitrary manner and had acted in bad faith. Although these contentions are not supported by the evidence, they do show that an argument relating to procedural fairness, based on the reasons given for the municipality's negative decisions, could have been raised by the appellants, but they declined to do so at the hearing before this Court.

87 The municipality's decision to refuse to amend its zoning by-law is within the scope of its discretionary power, as it had to decide whether it would be appropriate to amend the by-law. The municipality had a range of options at its disposal, and its constituting act did not dictate which one it should select (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 52). This type of decision made by an administrative authority can at times be subject to a duty of procedural fairness. For example, the *Act respecting administrative justice*, R.S.Q., c. J-3 ("AAJ"), which was enacted by the Quebec legislature on December 16, 1996, and came into force on April 1, 1998, after the facts giving rise to this case took place, requires government departments and bodies to comply with procedural fairness in their discretionary decision-making processes. Thus, the organizations to which this act applies have a duty to act fairly (s. 2 AAJ), including a requirement to give reasons for any unfavourable

du temps, dans une affaire qui dure depuis trop longtemps, il aurait alors été difficile pour notre Cour de concevoir une réparation effective.

F. *L'incidence du droit administratif*

En plus des questions constitutionnelles qui ont été traitées jusqu'ici, le présent pourvoi a une incidence sur le droit administratif. Les appelants ont toutefois refusé de s'appuyer sur les principes de celui-ci pour justifier leur recours, préférant se concentrer sur leurs moyens relatifs à la liberté de religion. Pour cette raison, ces questions de droit administratif ne pourraient constituer la base du jugement de notre Cour, mais leur importance mérite quelques commentaires.

Dans leurs actes de procédure, les appelants se sont bornés à prétendre qu'en refusant de modifier son règlement de zonage, la municipalité avait exercé sa discrétion de manière abusive et arbitraire et qu'elle avait agi de mauvaise foi. Bien que ces prétentions ne soient pas soutenues par la preuve, elles mettent en évidence qu'une prétention relative à l'équité procédurale, soit la motivation des décisions négatives qui furent rendues par la municipalité, aurait pu être soulevée par les appelants qui ont refusé de le faire à l'audition devant notre Cour.

La décision de la municipalité de refuser de modifier son règlement de zonage relève de son pouvoir discrétionnaire, puisque cette dernière devait décider de l'opportunité de modifier son règlement. Elle se trouvait ainsi devant un choix d'options parmi lesquelles sa loi constitutive ne lui dictait pas laquelle retenir (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 52). Ce type de décision prise par les autorités administratives est parfois soumis à une obligation d'équité procédurale. Par exemple, la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch. J-3 (« Lja »), qui a été adoptée le 16 décembre 1996 par le législateur québécois et qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998, soit après les faits qui ont donné lieu au présent litige, impose le respect d'une procédure équitable dans le processus décisionnel discrétionnaire de l'administration gouvernementale. Les organismes visés par cette loi ont ainsi l'obligation d'agir équitablement (art. 2 Lja); ils sont notamment tenus

decisions they make (ss. 5 and 8 *AAJ*). As municipalities are not subject to this act (s. 3 *AAJ*), it must be determined whether they are subject to the same duty by virtue of the legal rules gradually developed by the common law to define the obligations of procedural fairness applicable to government organizations.

In *Baker, supra*, this Court stated that “[t]he fact that a decision is administrative and affects ‘the rights, privileges or interests of an individual’ is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653” (para. 20). To define the variable content of this duty, it is necessary to consider five open-ended factors that serve to ensure that individuals affected by a decision have the opportunity to present their case fully and fairly and that decisions are made using a fair, impartial and open process appropriate to their statutory, institutional and social context (*Baker*, at paras. 22 and 28). Thus, the scope of this duty will depend on the nature of the decision, on the decision-making process, on the nature of the statutory scheme, for example whether it includes a right of appeal, on the importance of the decision to the person affected, on the legitimate expectations of that person and on the choices of procedure made by the decision-making body (*Baker*, at paras. 23-28).

When applied to the case at bar, these factors would, at the least, place the municipality under an obligation to give reasons for its repeated refusals to amend its zoning by-law. The municipality’s decision regarding the application to amend the zoning by-law, which was not subject to a specific decision-making process, could not be appealed by the appellants even though it had a direct effect on their right to freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. Normally, the appellants could expect to receive reasons from the municipality for its decision. The importance of a negative decision to the appellants, who as a result found it impossible to build the place of worship they needed to practice their religion, in itself placed the municipality under an obligation to give reasons for its decision.

de motiver les décisions défavorables qu’ils rendent (art. 5 et 8 *Lja*). Les municipalités n’étant pas assujetties à cette loi (art. 3 *Lja*), il y a lieu de déterminer si elles sont soumises à la même obligation en vertu des règles de droit établies graduellement par la common law, pour définir les obligations d’équité procédurale applicables aux organismes publics.

Notre Cour a souligné dans l’arrêt *Baker*, précité, que « [l]e fait qu’une décision soit administrative et touche “les droits, privilèges ou biens d’une personne” suffit pour entraîner l’application de l’obligation d’équité : *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653 » (par. 20). Afin de déterminer le contenu variable de cette obligation, cinq facteurs non limitatifs, qui visent tous à ce que la personne visée par la décision ait la possibilité de présenter entièrement et équitablement sa position et à ce que le processus décisionnel soit équitable, impartial et ouvert tout en étant adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision, doivent être pris en considération (*Baker*, par. 22 et 28). L’étendue de cette obligation dépendra ainsi de la nature de la décision, du processus décisionnel et du régime législatif, notamment quant à l’inclusion d’un droit d’appel, de l’importance de la décision pour la personne visée, des attentes légitimes de cette personne et des choix procéduraux de l’organisme décisionnel (*Baker*, par. 23 à 28).

L’application de ces facteurs en l’espèce engendrait au moins une obligation pour la municipalité de motiver ses refus répétés de modifier son règlement de zonage. La décision de la municipalité sur la demande de modification du règlement de zonage, qui n’était pas soumise à un processus décisionnel précis, ne pouvait pas être portée en appel par les appelants, alors qu’elle affectait directement leur droit à la liberté de religion garanti par l’al. 2a) de la *Charte*. Les appelants pouvaient normalement s’attendre à recevoir une décision motivée de la part de la municipalité. L’importance d’une décision négative de la municipalité pour les appelants, qui se retrouvaient alors dans l’impossibilité de construire leur lieu de culte nécessaire à la pratique de leur religion, imposait en soi à la municipalité de motiver sa décision.

88

89

90 The municipality did not give sufficient reasons for its decisions. After receiving the appellants' application to amend the zoning by-law in relation to their first offer to purchase the lot located in a residential zone, the municipality's explanation for its refusal was that such an amendment would result in an increase in the taxation rate and that the owners of adjacent lots who would be affected by this increase would not take part in the process of approval by way of referendum provided for in the *ALUPD*. Then, when the municipality refused to amend its zoning by-law in relation to the second lot the appellants wished to purchase, the one located in Zone C-3, it justified its decision on the basis that lots were available in Zone P-3 but did not identify the lots in question. The appellants, convinced that no lots were available in that zone, then applied to the municipality on four other occasions to amend the zoning by-law. The municipality simply repeated that lots were available in Zone P-3 and that it was therefore under no obligation to amend its zoning by-law.

91 In its replies, the municipality never did specify which lots were available or give any other reasons for its decision. This refusal to provide the appellants with valid reasons is obvious from a letter the municipality's attorney sent to the appellants on August 24, 1993, in which he wrote: [TRANSLATION] "Upon careful consideration, the municipality of Lafontaine has decided not to take action in respect of your applications. The municipal council of Lafontaine is not required to provide you with a justification and we therefore have no intention of giving reasons for the council's decision." The respondent should have given more detailed reasons for its decisions.

92 More detailed reasons would have given the appellants a better understanding of the municipality's decision and, above all, demonstrated to them that there were in fact lots available in Zone P-3. As a result, they would not have been left with the impression that the municipality's decision was arbitrary or that the municipality had acted in bad faith. A more precise and rigorous justification would therefore have given the municipality's

En fait, la municipalité n'a pas suffisamment motivé ses décisions. Après la réception de la demande de modification de zonage des appelants à l'égard de leur première offre d'achat du terrain situé dans une zone résidentielle, la municipalité a d'abord expliqué son refus par l'augmentation du taux de taxation qu'entraînerait une modification du règlement de zonage ainsi que par le fait que les riverains qui seraient touchés par cette augmentation ne participeraient pas au processus d'approbation référendaire prévu par la *Lau*. La municipalité a ensuite motivé son refus de modifier son règlement de zonage relativement au deuxième terrain convoité par les appelants, situé dans la zone C-3, par la disponibilité de terrains dans la zone P-3, mais sans préciser lesquels. Les appelants, persuadés qu'aucun terrain n'était disponible dans cette zone, ont alors présenté quatre autres demandes de modification du règlement de zonage à la municipalité. La municipalité s'est alors contentée de réitérer qu'il y avait des terrains disponibles dans cette zone et qu'elle n'avait alors pas l'obligation de modifier son règlement de zonage.

Dans ses réponses, la municipalité n'a jamais précisé quels terrains étaient effectivement disponibles et elle n'a jamais motivé autrement sa décision. Ce refus de fournir des motifs valables aux appelants apparaît clairement dans une lettre envoyée aux appelants le 24 août 1993 par le procureur de la municipalité, qui y précisait : « La Municipalité de Lafontaine a, après délibéré, décidé de ne pas donner suite à vos demandes. Ce faisant, le Conseil municipal de Lafontaine n'a aucune justification à vous fournir et il n'est donc pas de notre intention de motiver la décision du Conseil. » L'intimé aurait dû motiver d'une manière plus détaillée ses décisions.

De plus amples motifs auraient permis aux appelants de mieux comprendre la décision de la municipalité et, surtout, de se rendre à l'évidence que des terrains restaient effectivement disponibles dans la zone P-3. Ils n'auraient ainsi pas eu l'impression que la décision de la municipalité était arbitraire ou que cette dernière agissait de mauvaise foi. Une motivation plus précise et rigoureuse aurait donc permis la nécessaire transparence et l'apparence

decision-making process the required transparency and the appearance of procedural fairness.

d'équité du processus décisionnel de la municipalité.

VIII. Conclusion

VIII. Conclusion

For the reasons set out here, I would answer the constitutional questions in the negative and dismiss the appeal with costs.

Pour les motifs exprimés ici, je suis donc d'avis de répondre négativement aux questions constitutionnelles et de rejeter le pourvoi avec dépens.

93

APPENDIX

ANNEXE

Constitutional and Legislative Provisions

Dispositions constitutionnelles et législatives

(1) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

(1) *Charte canadienne des droits et libertés*

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

(a) freedom of conscience and religion;

a) liberté de conscience et de religion;

(2) *Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19*

(2) *Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19*

410. The council may make by-laws:

410. Le conseil peut faire des règlements :

(1) To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality, provided such by-laws are not contrary to the laws of Canada, or of Québec, nor inconsistent with any special provision of this Act or of the charter;

1° Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas contraires aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte;

(3) *Village of Lafontaine, By-law No. 362, Zoning By-law (April 2, 1991)*

(3) *Village de Lafontaine, Règlement n° 362, Règlement de zonage (2 avril 1991)*

[TRANSLATION]

2.2.1 CLASSES

2.2.1 NOMENCLATURE

For the purposes of this by-law, certain uses are grouped based on compatibility. These uses are:

Pour les fins du présent règlement, certains usages sont groupés selon leur compatibilité. Ces usages sont :

. . . .

| | | | | |
|---|-----|------------|---|-------|
| C | use | Commercial | 1 | (C-1) |
| | use | Commercial | 2 | (C-2) |
| | use | Commercial | 3 | (C-3) |

. . . .

. . . .

| | | | |
|---|-------|------------|-------|
| C | usage | Commerce 1 | (C-1) |
| | usage | Commerce 2 | (C-2) |
| | usage | Commerce 3 | (C-3) |

. . . .

| | | | | |
|---|-----|-----------|---|-------|
| P | use | Community | 1 | (P-1) |
| | use | Community | 2 | (P-2) |
| | use | Community | 3 | (P-3) |
| | use | Community | 4 | (P-4) |

| | | | |
|---|-------|-----------------|-------|
| P | usage | Communautaire 1 | (P-1) |
| | usage | Communautaire 2 | (P-2) |
| | usage | Communautaire 3 | (P-3) |
| | usage | Communautaire 4 | (P-4) |

2.2.3.2 Commercial 2 (Local)

This zone is reserved for uses in the nature of sales and service

This classification includes, but is not limited to, the establishments listed below and establishments of a similar nature . . . :

. . . .

– hotels, motels, night clubs, social clubs, exhibition halls;

. . . .

2.2.3.3 Commercial 3 (Regional)

This zone is reserved for uses in the nature of sales and service and for small-scale industries/businesses

This classification includes, but is not limited to, the establishments listed below and establishments of a similar nature:

– Commercial 1 (neighbourhood) and Commercial 2 (local) uses;

. . . .

2.2.5.3 Community 3 (Regional)

This zone is reserved for the following activities relating to public administration, education, recreation, health care and community-oriented cultural activities:

. . . .

– places of worship;

(4) *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1

113. The council of a municipality may adopt a zoning by-law for its whole territory or any part thereof.

A zoning by-law may include provisions regarding one or more of the following objects:

. . . .

(3) to specify, for each zone, the structures and uses that are authorized and those that are prohibited,

2.2.3.2 Commerce 2 (quartier)

Ne sont de cet usage que les usages des types vente et service . . .

Sont de cet usage, de manière non limitative, les établissements mentionnés dans la liste ci-dessous ou s'apparentant à ceux-ci . . . :

. . . .

– hôtels, motels, cabaret, clubs sociaux, salles d'exposition;

. . . .

2.2.3.3 Commerce 3 (régional)

Sont de cet usage, les usages des types vente et service et les industries/commerces artisanaux . . .

Sont de cet usage, et de manière non limitative, les établissements mentionnés dans la liste ci-dessous ou s'apparentant à ceux-ci :

– les usages de la classe Commerce 1 (voisinage) et Commerce 2 (quartier);

. . . .

2.2.5.3 Communautaire 3 (régional)

Sont de cet usage les activités suivantes reliées à l'administration publique, à l'éducation, aux loisirs, à la santé et aux activités culturelles de nature communautaire :

. . . .

– édifices de culte;

(4) *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1

113. Le conseil d'une municipalité peut adopter un règlement de zonage pour l'ensemble ou partie de son territoire.

Ce règlement peut contenir des dispositions portant sur un ou plusieurs des objets suivants :

. . . .

3° spécifier, pour chaque zone, les constructions ou les usages qui sont autorisés et ceux qui sont prohibés, y

including public uses and buildings, and the land occupation densities;

compris les usages et édifices publics, ainsi que les densités d'occupation du sol;

123. Sections 124 to 127 apply with respect to

123. Les articles 124 à 127 s'appliquent à l'égard de :

(1) zoning, subdivision and building by-laws;

1° tout règlement de zonage, de lotissement ou de construction;

(4) by-laws to amend or replace a by-law mentioned in subparagraphs 1 to 3.

4° tout règlement qui modifie ou remplace l'un de ceux mentionnés aux paragraphes 1° à 3°.

For the purposes of this division, a by-law that is subject to approval by way of referendum is a by-law that

Pour l'application de la présente section, est susceptible d'approbation référendaire tout règlement qui remplit les conditions suivantes :

(1) is designed to amend a zoning or subdivision by-law by adding, amending, replacing or striking out a provision bearing on a matter mentioned in any of subparagraphs 1 to 5, 6, 10, 11 and 16.1 to 22 of the second paragraph of section 113 or in the third paragraph of the said section, or a matter mentioned in any of subparagraphs 1, 3 and 4.1 of the second paragraph of section 115; and

1° avoir pour objet de modifier le règlement de zonage ou de lotissement en ajoutant, modifiant, remplaçant ou supprimant une disposition qui porte sur une matière prévue à l'un des paragraphes 1° à 5°, 6°, 10°, 11° et 16.1° à 22° du deuxième alinéa de l'article 113 ou au troisième alinéa de cet article ou sur une matière prévue à l'un des paragraphes 1°, 3° et 4.1° du deuxième alinéa de l'article 115;

(2) is not a concordance by-law enacting, pursuant to section 58, 59, 102 or 110.4, an amendment referred to in subparagraph 1 for the sole purpose of taking into account an amendment to or revision of the land use planning and development plan or the coming into force of the original planning program or of the amendment to or revision of the planning program.

2° ne pas être un règlement de concordance qui apporte une modification visée au paragraphe 1°, en vertu de l'un des articles 58, 59, 102 et 110.4, uniquement pour tenir compte de la modification ou de la révision du schéma d'aménagement et de développement ou de l'entrée en vigueur du plan d'urbanisme original ou de la modification ou de la révision du plan.

124. Every by-law to which this section applies shall be adopted in draft form by the council of the municipality.

124. Le conseil de la municipalité adopte un projet de tout règlement à l'égard duquel s'applique le présent article.

125. The municipality shall hold a public meeting in connection with the draft by-law, presided by the mayor or by a member of the council designated by the mayor.

125. La municipalité tient une assemblée publique sur le projet de règlement par l'intermédiaire du maire ou d'un autre membre du conseil désigné par le maire.

The date, time and place of the meeting shall be fixed by the council, which may delegate all or part of this power to the clerk or secretary-treasurer of the municipality.

Le conseil fixe la date, l'heure et le lieu de l'assemblée; il peut déléguer tout ou partie de ce pouvoir au greffier ou au secrétaire-trésorier de la municipalité.

126. At least seven days before the public meeting is held, the clerk or secretary-treasurer of the municipality shall post, in the office of the municipality, a notice setting out the date, time, place and object of the meeting, and publish it in a newspaper circulated in its territory.

126. Au plus tard le septième jour qui précède la tenue de l'assemblée publique, le greffier ou secrétaire-trésorier de la municipalité affiche au bureau de celle-ci et publie dans un journal diffusé sur son territoire un avis de la date, de l'heure, du lieu et de l'objet de l'assemblée.

127. During the public meeting, the person presiding must explain the draft by-law and hear every person or body wishing to express an opinion.

127. Au cours de l'assemblée publique, celui par l'intermédiaire duquel elle est tenue explique le projet de règlement et entend les personnes et organismes qui désirent s'exprimer.

Where the draft by-law contains a provision making it a by-law subject to approval by way of referendum, the person responsible for explaining the draft by-law shall identify that provision and explain the nature of and means of exercising the right of certain persons to make an application, pursuant to the provisions of subdivision 2, for any by-law containing that provision to be submitted for the approval of certain qualified voters.

Lorsque le projet contient une disposition propre à un règlement susceptible d'approbation référendaire, la personne chargée de l'explication du projet identifie cette disposition et explique la nature et les modalités d'exercice du droit de certaines personnes de demander, conformément aux dispositions de la sous-section 2, que tout règlement contenant cette disposition soit soumis à l'approbation de certaines personnes habiles à voter.

128. Once the public meeting on a draft by-law containing a provision making it a by-law subject to approval by way of referendum has been held, the council of the municipality shall adopt, with or without change, a second draft by-law. No such provision may be included in the second draft by-law unless it relates to a matter in respect of which such a provision was included in the first draft by-law.

128. Après la tenue de l'assemblée publique portant sur un projet de règlement qui contient une disposition propre à un règlement susceptible d'approbation référendaire, le conseil de la municipalité adopte, avec ou sans changement, un second projet de règlement. Celui-ci ne peut contenir une telle disposition portant sur un sujet que si ce dernier a fait l'objet d'une telle disposition contenue dans le premier projet.

However, the council is not bound to adopt a second draft by-law if the by-law it adopts under section 134 no longer contains any provision making it a by-law subject to approval by way of referendum.

Toutefois, le conseil n'est pas tenu d'adopter un second projet lorsque le règlement qu'il adopte en vertu de l'article 134 ne contient aucune disposition propre à un règlement susceptible d'approbation référendaire contenue dans le premier projet.

129. A summary of the second draft by-law may be produced under the responsibility of the municipality.

129. Un résumé du second projet de règlement peut être produit sous la responsabilité de la municipalité.

130. If the second draft by-law contains a provision making the by-law a by-law subject to approval by way of referendum, an application may be made under this section and under sections 131 and 133 to require that any by-law containing the provision that is adopted under section 136 be submitted for the approval of certain qualified voters.

130. Toute disposition propre à un règlement susceptible d'approbation référendaire qui est contenue dans le second projet de règlement peut faire l'objet, conformément au présent article et aux articles 131 et 133, d'une demande visant à ce que tout règlement contenant cette disposition et adopté en vertu de l'article 136 soit soumis à l'approbation de certaines personnes habiles à voter.

131. Every interested person in a zone or a sector of a zone may sign an application originating from that zone or sector.

For the purposes of this subdivision, an interested person in a given zone or sector of a zone is a person who would be a qualified voter and whose name would be entered on the referendum list of the zone or sector if the reference date, within the meaning of the Act respecting elections and referendums in municipalities (chapter E-2.2), was the date of adoption of the second draft by-law and if the sector concerned, within the meaning of that Act, was that zone or sector.

132. Following the adoption of the second draft by-law, the clerk or secretary-treasurer shall, in accordance with the Act governing the municipality for such purposes, issue a public notice

(1) setting out the number, title and date of adoption of the second draft by-law;

(2) giving a brief description of the object of the provisions in respect of which an application may be made, or mentioning the fact that a copy of the summary of the second draft by-law may be obtained, free of charge, by any person who so requests;

(3) (a) stating which interested persons are entitled to sign an application in respect of each provision and the tenor of an application or, if the object of the provisions is not stated in the notice, explaining, in a general manner, entitlement to sign an application and the tenor of an application and stating how information may be obtained to determine which interested persons are entitled to sign an application in respect of each provision and the tenor of an application;

(b) setting out the conditions of validity of an application;

(4) determining the interested persons in a zone and the manner in which a legal person may exercise the right to sign an application, or stating how such information may be obtained;

(5) describing, using street names whenever possible, the perimeter of each zone from which an application may originate, otherwise than by reason of the fact that it is contiguous to another zone, illustrating it by means of a sketch, or indicating the approximate location of the zone and stating the fact that a description or illustration is available for consultation at the office of the municipality;

(6) mentioning the fact that the provisions in respect of which no valid application is received may be included

131. Toute personne intéressée d'une zone ou d'un secteur de zone peut signer toute demande qui en provient.

Pour l'application de la présente sous-section, est une personne intéressée d'une zone ou d'un secteur de zone quiconque serait une personne habile à voter ayant le droit d'être inscrite sur la liste référendaire de la zone ou du secteur de zone si la date de référence, au sens de la Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités (chapitre E-2.2), était celle de l'adoption du second projet de règlement et si le secteur concerné, au sens de cette loi, était la zone ou le secteur de zone.

132. À la suite de l'adoption du second projet de règlement, le greffier ou secrétaire-trésorier donne, conformément à la loi qui régit la municipalité en cette matière, un avis public qui :

1° mentionne le numéro, le titre et la date d'adoption du second projet;

2° décrit brièvement l'objet des dispositions qui peuvent faire l'objet d'une demande ou mentionne le fait qu'une copie d'un résumé du second projet peut être obtenue, sans frais, par toute personne qui en fait la demande;

3° a) indique quelles personnes intéressées ont le droit de signer une demande à l'égard de quelles dispositions et décrit l'objectif de la demande ou, si la description de l'objet des dispositions n'est pas contenue dans l'avis, explique de façon générale le droit de signer une demande et l'objectif de celle-ci et indique la façon d'obtenir des renseignements permettant de déterminer quelles personnes intéressées ont le droit de signer une demande à l'égard de quelles dispositions et quel est l'objectif de cette demande;

b) énonce les conditions de validité de toute demande;

4° explique quelles sont les personnes intéressées d'une zone et les modalités d'exercice par une personne morale du droit de signer une demande ou indique la façon d'obtenir ces renseignements;

5° en utilisant autant que possible le nom des voies de circulation, soit décrit le périmètre de chaque zone d'où peut provenir une demande, autrement qu'en raison du seul fait qu'elle est contiguë à une autre, ou l'illustre par croquis, soit indique l'endroit approximatif où la zone est située et mentionne le fait que la description ou l'illustration peut être consultée au bureau de la municipalité;

6° mentionne le fait que les dispositions qui n'auront fait l'objet d'aucune demande valide pourront être

in a by-law that is not required to be submitted for the approval of the qualified voters;

(7) stating the place, dates and times at which the second draft by-law is available for consultation.

133. An application, in order to be valid, must

(1) state clearly the provision to which it refers and the zone or sector of a zone from which it originates;

(2) be signed by at least 12 interested persons in a zone or sector in which there are more than 21 interested persons, or, in other cases, by a majority of the interested persons;

(3) be received by the municipality not later than the eighth day following the day on which the notice provided for in section 132 is published.

The provisions of the Act respecting elections and referendums in municipalities (chapter E-2.2) dealing with the manner in which a legal person may exercise its rights, the manner in which qualified voters entitled to have their names entered on the referendum list are to be counted, and applications for the holding of a referendum poll apply, adapted as required, to the signing of an application.

Appeal allowed with costs, MAJOR, BASTARACHE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: André Carbonneau, Montréal.

Solicitors for the respondents the Municipality of the village of Lafontaine and Harold Larente: Deveau, Bissonnette, Monfette, Fortin & Associés, Saint-Jérôme.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the interveners the Seventh-Day Adventist Church in Canada and the Evangelical Fellowship of Canada: Chipeur Advocates, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

includes dans un règlement qui n'aura pas à être approuvé par les personnes habiles à voter;

7° mentionne l'endroit, les jours et les heures où le second projet peut être consulté.

133. Pour être valide, une demande doit remplir les conditions suivantes :

1° indiquer clairement la disposition qui en fait l'objet et la zone ou le secteur de zone d'où elle provient;

2° être signée, dans le cas où il y a plus de 21 personnes intéressées de la zone ou du secteur de zone d'où elle provient, par au moins 12 d'entre elles ou, dans le cas contraire, par au moins la majorité d'entre elles;

3° être reçue par la municipalité au plus tard le huitième jour qui suit celui où est publié l'avis prévu à l'article 132.

Les dispositions de la Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités (chapitre E-2.2) qui concernent la façon pour une personne morale d'exercer ses droits et la façon de compter les personnes habiles à voter ayant le droit d'être inscrites sur la liste référendaire et les demandes de tenue d'un scrutin référendaire s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à la signature de la demande.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureur des appelants : André Carbonneau, Montréal.

Procureurs des intimés la municipalité du village de Lafontaine et Harold Larente : Deveau, Bissonnette, Monfette, Fortin & Associés, Saint-Jérôme.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Alliance évangélique du Canada : Chipeur Advocates, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

INDEX

CIVIL LIABILITY

Barreau — Immunity of professional orders — Nature and extent of Barreau's civil liability — Action in damages against Barreau for breach of obligation to protect public in handling of complaints against an advocate — Whether Barreau can claim immunity set out in Professional Code — Concept of good faith — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 23, 193 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1376.

FINNEY V. BARREAU DU QUÉBEC, 17.

CIVIL PROCEDURE

Participation of third parties in action — Voluntary intervention — Scope of requirement of representation by advocate — Request by wife for leave pursuant to art. 208 C.C.P. to aid, assist and represent — Whether art. 208 C.C.P. allows wife to act as attorney for her husband — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 61, 62, 208 — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.

BIBAUD V. QUÉBEC (RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE), 3.

CIVIL RIGHTS

1. Human rights tribunal — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue — Discriminatory clause in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 185.

2. Human rights tribunal — Jurisdiction — Complainant leaving work on maternity leave no longer entitled to receive social assistance benefits provided to low income families with children under income security legislation — Complainant alleging discrimination on basis of sex and pregnancy — Commission des affaires sociales having jurisdiction to deal with disputes concerning ministerial decisions to discontinue a person's benefits under legislation — Whether Commission has exclusive

CIVIL RIGHTS — Concluded

jurisdiction over dispute — Whether Human Rights Tribunal may decide issue of alleged discrimination.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. QUEBEC (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL), 223.

3. Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Exercise of religious freedoms — Orthodox Jews setting up succahs in pursuit of their religious beliefs on balconies of their co-owned property — Syndicate of co-owners requesting removal of succahs because declaration of co-ownership prohibits decorations, alterations and constructions on balconies — Whether freedom of religion infringed by declaration of co-ownership — If so, whether refusal to permit setting up of succahs justified by reliance on right to enjoy property and right to personal security — Whether Orthodox Jewish residents waived their right to freedom of religion by signing declaration of co-ownership — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 3, 6.

SYNDICAT NORTHCREST V. AMSELEM, 551.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Self-incrimination — Terrorism — Investigative hearings — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE), 248.

2. Judicial independence — Impartiality — Investigation of terrorism offences — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes principles of judicial independence and impartiality — Constitution Act, 1867, Preamble — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE), 248.

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

3. Extraterritorial application of laws — Parliament's legislative competence to enact laws having extraterritorial effect — Presumption that Parliament did not intend to do so in absence of clear words or necessary implication to contrary.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS, 427.

4. Division of powers — Criminal law — Permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code ultra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. v. DEMERS, 489.

5. Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Presumption of innocence — Overbroad legislation — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Absolute discharge not available to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Courts and Review Boards having no power to order psychiatric assessment of unfit accused after initial evaluation in order to adapt disposition to his current circumstances — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. v. DEMERS, 489.

6. Charter of rights — Freedom of religion — Definition of freedom of religion — Proper approach for freedom of religion analyses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

SYNDICAT NORTHCREST V. AMSELEM, 551.

7. Charter of Rights — Freedom of religion — Whether municipality's decision not to amend its zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased infringes freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE V. LAFONTAINE (VILLAGE), 650.

COPYRIGHT

1. Applicability of copyright legislation — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service Providers — Whether real and

COPYRIGHT — Concluded

substantial connection to Canada sufficient to support application of Copyright Act.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS, 427.

2. Infringement — Communication to public by telecommunication — Communication of music on Internet — SOCAN seeking to impose liability for royalties on Internet Service Providers — Copyright Act deeming participants in telecommunication that provide only means of telecommunication not to be communicators — Whether Internet Service Providers providing solely a conduit for information communicated by others can claim benefit of s. 2.4(1)(b) of Copyright Act — Whether Internet Service Providers impart or transmit copyrighted music and thereby infringe copyright — Whether creation of "cache" of Internet material, even for a purely technical reason, infringes copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2.4(1)(b).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS, 427.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Admissibility — Sexual offences — Whether accused's statements admissible.

R. v. RÉMILLARD, 246.

2. Terrorism — Investigative hearings — Retrospectivity — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether provision for investigative hearings applicable to incidents that occurred prior to its enactment — Whether provision procedural in substance and effect — Whether presumption of immediate effect rebutted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE), 248.

3. Terrorism — Investigative hearings — Independence of Crown — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether independence of Crown counsel compromised by judicial investigative hearing process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE), 248.

CRIMINAL LAW — Concluded

4. Terrorism — Investigative hearings — Whether purpose of investigative hearing was pre-trial discovery of evidence.

APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE), 248.

5. Terrorism — Investigative hearings — Open court principle — Level of secrecy applicable to judicial investigative hearing proceedings — Whether Crown's application for order for investigative hearing properly heard in camera — Whether existence of order for investigative hearing ought to have been secret — Whether hearing for determining constitutional validity of investigative hearing provision and validity of order for investigative hearing should have been conducted in camera — Whether investigative hearing must be held in camera — Applicability of Dagenais/Mentuck test — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

VANCOUVER SUN (RE), 332.

6. Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Accused killing fellow inmate in self-defence in knife fight in maximum security institution — Trial judge acquitting accused of possession of weapon for purpose dangerous to public peace on basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — Whether possession for defensive purpose mandates acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

R. v. KERR, 371.

7. Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Elements of offence — Purpose — Proper approach to be applied in determination of purpose — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

R. v. KERR, 371.

DAMAGES

Environmental damages to public lands — Compensation — Forest fire — Valuation of loss of harvestable trees, and of non-harvestable trees in environmentally sensitive areas — Appropriate basis to calculate compensation — Province suing for compensation logging company responsible for fire — Whether Province can sue not only as ordinary landowner but also as *parens patriae* — Whether Comparative Value Pricing system can be taken into account to reduce compensation — Whether Province entitled to "auction value" of harvestable trees — Whether Province entitled to commercial value of non-harvestable trees plus a premium for environmental value — Whether common law provides for environmental damages.

BRITISH COLUMBIA V. CANADIAN FOREST PRODUCTS LTD., 74.

LABOUR LAW

Grievance arbitrator — Jurisdiction — Labour dispute raising human rights issue — Discriminatory clause included in collective agreement — Whether Human Rights Tribunal barred from hearing complaint — Whether labour arbitrator has exclusive jurisdiction over dispute.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 185.

LAW OF PROFESSIONS

Professional orders — Civil liability — Immunity — Barreau — Scope of immunity granted to professional orders — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 193.

FINNEY V. BARREAU DU QUÉBEC, 17.

MUNICIPAL LAW

Procedural fairness — Refusal by municipality to amend zoning by-law to allow religious group to build place of worship on land it purchased — Whether municipality required to provide reasons for its decision.

CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE V. LAFONTAINE (VILLAGE), 650.

OBLIGATION

Performance of obligation — Default and putting in default — Transaction — Creditor denying existence of transaction — Failure by debtor to deposit amounts owing pursuant to transaction — Court of Appeal confirming validity of transaction and ordering debtor to pay creditor interest at legal rate and additional indemnity — Whether Court of Appeal erred in ordering payment of interest and additional indemnity where no deposit made — Whether debtor put in default by creditor for non-payment of amounts stipulated in transaction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

BANQUE NATIONALE DE PARIS (CANADA) V. 165836 CANADA INC., 45.

INDEX

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommages environnementaux à des terres domaniales — Indemnité — Incendie de forêt — Évaluation de la perte d'arbres récoltables, et d'arbres protégés dans des zones écosensibles — Fondement approprié du calcul de l'indemnité — Poursuite en indemnisation de la province contre la société forestière responsable de l'incendie — La province peut-elle poursuivre non seulement en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire mais aussi en sa qualité de *parens patriae*? — Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative peut-il être pris en compte pour diminuer le montant de l'indemnité? — La province a-t-elle droit à la « valeur aux enchères » des arbres récoltables? — La province a-t-elle droit à la valeur marchande des arbres protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale? — La common law permet-elle des dommages environnementaux?

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. CANADIAN FOREST PRODUCTS LTD., 74.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Terrorisme — Investigations — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE), 248.

2. Indépendance judiciaire — Impartialité — Enquête relative à des infractions de terrorisme — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation viole-t-elle les principes de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE), 248.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

3. Extraterritorialité des lois — Pouvoir du Parlement d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale — En l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire à l'effet contraire, le législateur est présumé ne pas avoir voulu conférer une portée extraterritoriale à une loi.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET, 427.

4. Partage des compétences — Droit criminel — Accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel excèdent-ils la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. C. DEMERS, 489.

5. Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Portée excessive de la loi — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Impossibilité pour les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public de bénéficier d'une libération inconditionnelle — Tribunaux et commissions d'examen n'ayant pas le pouvoir d'ordonner une autre évaluation psychiatrique des accusés inaptes, après l'évaluation initiale, afin d'adapter la décision à leur situation actuelle — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

R. C. DEMERS, 489.

6. Charte des droits — Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Méthode à adopter pour analyser les questions relatives à la liberté de religion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

SYNDICAT NORTHCREST C. AMSELEM, 551.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

7. Charte des droits — Liberté de religion — Le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté viole-t-il la liberté de religion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE C. LAFONTAINE (VILLAGE), 650.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Admissibilité — Infractions d'ordre sexuel — Les déclarations de l'accusé sont-elles inadmissibles?

R. C. RÉMILLARD, 246.

2. Terrorisme — Investigations — Rétrospectivité — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — La disposition prévoyant les investigations peut-elle s'appliquer à des faits survenus avant son adoption? — Cette disposition est-elle de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets? — La présomption de prise d'effet immédiate est-elle réfutée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE), 248.

3. Terrorisme — Investigations — Indépendance du ministre public — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — Le processus d'investigation judiciaire compromet-il l'indépendance de l'avocat du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE), 248.

4. Terrorisme — Investigations — L'investigation avait-elle pour objet d'obtenir la communication préalable d'éléments de preuve?

DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE), 248.

5. Terrorisme — Investigations — Principe de la publicité des procédures judiciaires — Le niveau de secret applicable aux procédures d'investigation judiciaire — L'audition de la demande du ministre public visant la tenue de l'investigation judiciaire aurait-elle dû se faire à huis clos? — Aurait-il fallu garder secrète l'existence de l'ordonnance d'investigation judiciaire? — L'examen de la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant la tenue d'une investigation judiciaire et de la validité de

DROIT CRIMINEL — Fin

l'ordonnance d'investigation aurait-il dû se faire à huis clos? — L'investigation judiciaire doit-elle se dérouler à huis clos? — Applicabilité du critère de Dagenais/Mentuck — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

VANCOUVER SUN (RE), 332.

6. Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — L'accusé en légitime défense a tué un codétenu lors d'un combat aux couteaux dans un établissement à sécurité maximale — Le juge du procès a acquitté l'accusé de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait les armes en sa possession pour dissuader une attaque et se défendre — La Cour d'appel a annulé l'acquittement et y a substitué une déclaration de culpabilité — La possession d'une arme pour se défendre commande-t-elle un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

R. C. KERR, 371.

7. Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Éléments de l'infraction — Dessein — Démarche appliquée pour la détermination du dessein — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

R. C. KERR, 371.

DROIT D'AUTEUR

1. Applicabilité de la législation sur le droit d'auteur — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — L'existence d'un lien réel et important avec le Canada suffit-elle pour que s'applique la Loi sur le droit d'auteur?

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET, 427.

2. Violation — Communication au public par télécommunication — Communication d'œuvres musicales au moyen de l'Internet — Demande de la SOCAN afin que les fournisseurs de services Internet soient contraints au versement de redevances — Suivant la Loi sur le droit d'auteur, le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir les moyens de télécommunication n'est pas réputé en être l'auteur — Le fournisseur de services Internet qui se contente d'être un agent permettant à autrui de communiquer bénéficie-t-il de l'art. 2.4(1)b) de la Loi sur le droit d'auteur? — Le fournisseur de services Internet fait-il connaître ou transmet-il une œuvre musicale protégée et viole-t-il de ce fait le droit d'auteur? — La création d'une antémémoire, même pour des raisons purement techniques, viole-t-elle le droit

DROIT D'AUTEUR — Fin

d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2.4(1)b).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET, 427.

DROIT DES PROFESSIONS

Ordres professionnels — Responsabilité civile — Immunité — Barreau — Portée de l'immunité conférée aux ordres professionnels — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 193.

FINNEY C. BARREAU DU QUÉBEC, 17.

DROIT DU TRAVAIL

Arbitre en droit du travail — Compétence — Différend en matière de relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Insertion d'une clause discriminatoire dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 185.

DROIT MUNICIPAL

Équité procédurale — Refus d'une municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'il a acheté — La municipalité a-t-elle l'obligation de motiver sa décision?

CONGRÉGATION DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE ST-JÉRÔME-LAFONTAINE C. LAFONTAINE (VILLAGE), 650.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Tribunal des droits de la personne — Compétence — Différend en matière de relations de travail soulevant une question liée aux droits de la personne — Clause discriminatoire insérée dans une convention collective — Le Tribunal des droits de la

LIBERTÉS PUBLIQUES — Fin

personne peut-il entendre la plainte? — L'arbitre en droit du travail a-t-il compétence exclusive à l'égard du litige?

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 185.

2. Tribunal des droits de la personne — Compétence — Plaignante en congé de maternité inadmissible au versement, en vertu d'une loi sur la sécurité du revenu, de prestations d'aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge — Allégation, par la plaignante, de discrimination fondée sur le sexe et la grossesse — Commission des affaires sociales ayant le pouvoir de statuer sur tout litige relatif à la décision du ministre de cesser de verser des prestations à une personne sous le régime de la loi — La Commission a-t-elle compétence exclusive à l'égard du litige? — Le Tribunal des droits de la personne peut-il statuer sur l'allégation de discrimination?

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. QUÉBEC (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE), 223.

3. Liberté de religion — Définition de la liberté de religion — Exercice de la liberté de religion — Juifs orthodoxes installant des souccahs sur les balcons de l'immeuble où ils sont copropriétaires, afin de se conformer à leurs croyances religieuses — Syndicat de copropriétaires demandant le démantèlement des souccahs parce que la déclaration de copropriété interdit d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions — La déclaration de copropriété porte-t-elle atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, le refus de permettre l'installation de souccahs est-il justifié par l'argument fondé sur le droit à la jouissance des biens et sur le droit à la sûreté de la personne? — Les résidents juifs orthodoxes ont-ils renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 3, 6.

SYNDICAT NORTHCREST C. AMSELEM, 551.

OBLIGATION

Exécution de l'obligation — Demeure et mise en demeure — Transaction — Créancière niant la transaction — Absence de consignation par la débitrice des sommes dues en vertu de la transaction — Cour d'appel confirmant la validité de la transaction et ordonnant à la débitrice de verser à la créancière des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant le paiement des intérêts et de l'indemnité additionnelle vu l'absence de consignation? — La débitrice a-t-elle été constituée en demeure par la créancière de

OBLIGATION — Fin

payer les montants prévus à la transaction? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 7, 1586, 1594, 1617, 2631.

BANQUE NATIONALE DE PARIS (CANADA) C. 165836
CANADA INC., 45.

PROCÉDURE CIVILE

Participation de tiers au procès — Intervention volontaire — Étendue de l'obligation de représentation par avocat — Demande d'intervention d'une épouse en vertu de l'art. 208 C.p.c. pour aider, assister et représenter son époux — L'article 208 C.p.c. permet-il à l'épouse d'agir comme procureur de son époux? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61, 62, 208 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.

BIBAUD C. QUÉBEC (RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE), 3.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Barreau — Immunité des ordres professionnels — Nature et étendue de la responsabilité civile du Barreau — Action en dommages-intérêts contre le Barreau pour manquement à son obligation de protéger le public dans le traitement de plaintes portées contre un avocat — Le Barreau peut-il bénéficier de la disposition d'immunité prévue au Code des professions? — Concept de bonne foi — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 23, 193 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376.

FINNEY C. BARREAU DU QUÉBEC, 17.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5